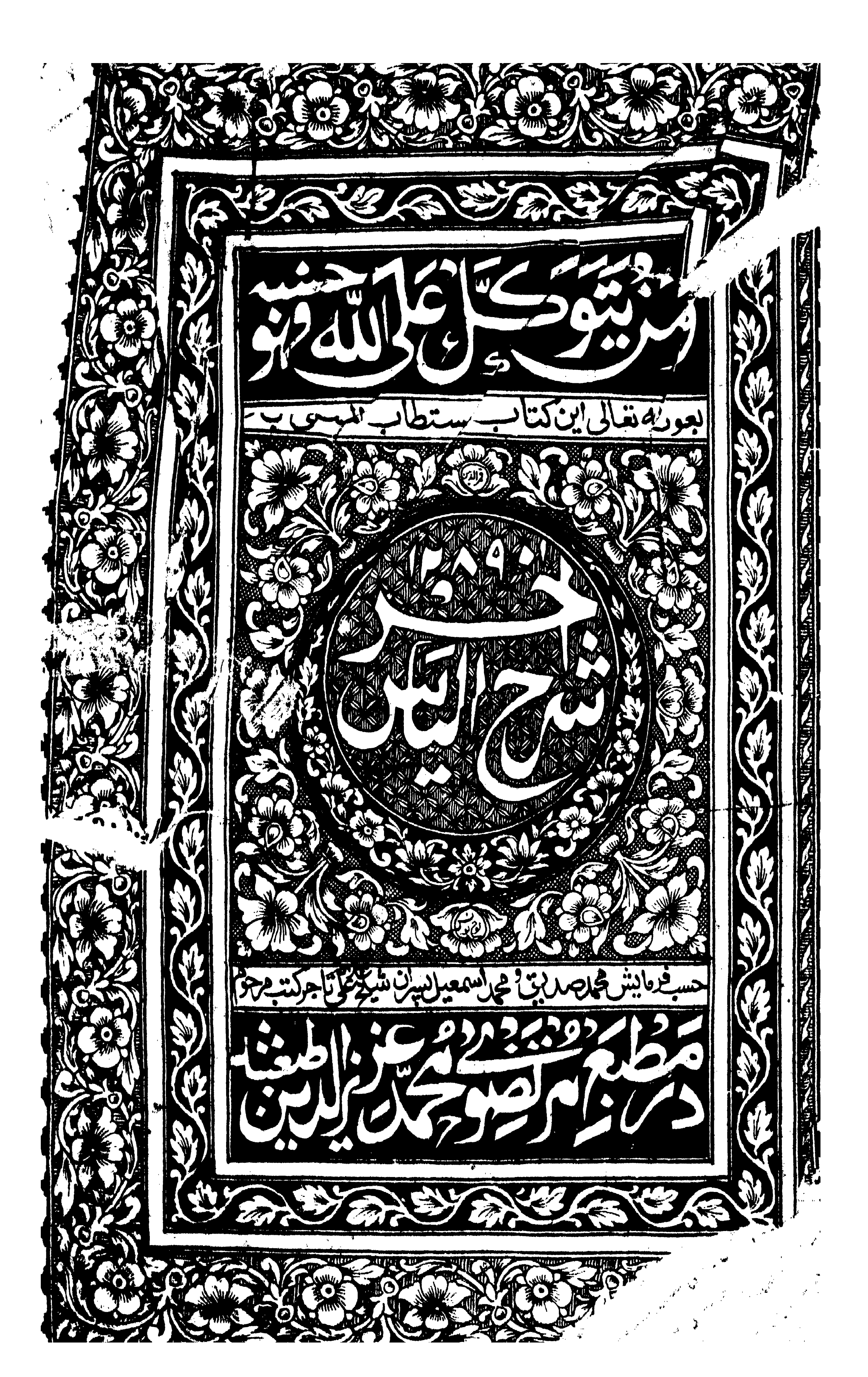

من یتوکل علی اللہ فہو حسبہ
بعونہ تعالی این کتاب مستطاب المسمی بہ
۱۲۸۹
شرح الیاس
حسب فرمایش محمد صدیق و محمد اسمعیل پسران شیخ علی تاجر کتب مرحوم
در مطبع مرتضوی محمد عزیز الدین طبع شد

وقيل لا اعطاء من احد الجانبين يكفي كما اذا ساوم ولم يكن معه وعاء فذهب بالمبيع
مع وعاء البائع ثم جاء بالوعاء واعطى الثمن والمراد بالنفيس ما يكثر ثمنه كالعبيد
والاماء وبالخسيس ما يقل ثمنه كالبقل واللحم والخبز والرمانة واذا اوجب واحد
من المتعاقدين قبل الآخر في المجلس ان شاء واخذ كل المبيع بكل الثمن او ترك وهذا
اختيار القبول وهو يمتد الى آخر المجلس وعند الشافعي على الفور وليس للآخر ان يقبل في
بعض المبيع دون البعض الا اذا بين ثمن كل واحد بان قال بعت هذا بدرهم وذاك
بدرهم فقبل احدهما بدرهم يجوز وقيل لا يجوز الا ان يقول بعت هذين بعت
هذا بدرهم وقيل للمشتري احدهما جاز الا اذا لم يكرر لفظ البيع لا يصح قبول
احدهما وان سمى لكل واحد منهما ثمنا وما لم يقبل الآخر بطل الايجاب ان رجع
الموجب عنه لانه خال عن ابطال حق الغير او قام احدهما عن المجلس لان القيام
دليل الاعراض والرجوع واذا وجد الايجاب والقبول لزم البيع فلا خيار لواحد منهما
وقال الشافعي رح لكل واحد منهما خيار المجلس ما لم يتفرقا بدنا ويعرف المبيع بالاشارة
اليه وان لم يعرف القدر والصفة لا بذكر القدر والصفة بان قال بعت كذا من حنطة
فان لم يكن مشارا اليه لم يصح العقد الا في السلم لانه انما يقع عادة بما ليس موجودا في ملك
البائع فيعرف بذكر القدر والصفة ويعرف الثمن باحدهما اي بالاشارة او بذكر القدر والصفة
والحاصل ان الاصل في المبيع ان يلاقي عينا لتحقق القدرة على التسليم فيكفي بالاشارة دون ذكر
القدر والصفة اما الثمن فلا يجب ان يكون عينا لانه يثبت في الذمة فيكتفي فيه الاشارة
او ذكر القدر والصفة ولا يضر الجزاف في جواز البيع كما اذا قال بعت
هذه الصبرة من الحنطة بتلك الصبرة من الشعير ولم يعلم قدرهما جاز البيع
الجهالة لا يمنع من التسليم الا في بيع الجنس بالجنس فانه لا يجوز لاحتمال الربوا وهذا
شيئا مثل ما يدخل تحت الوزن او الكيل فاما اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة

وان كان في جنس واحد ويقع مطلق الثمن بان ذكر قدره ولم يذكر صفته كما اذا قال
بعشرة دراهم على الاروج الغالب لان المتعارف بين الناس المعاملة بالنقد الغالب
فكان التعين بالتعريف كالتعين بالنص فانصرف المطلق اليه فان استوى
رواجه في النقود فسد البيع ان اختلف ماليتها وعيارها اي جودتها ورداءتها
لان الثمن المسمى مطلق مجهول وهذه الجهالة تفضي الى النزاع اذ الطالب
يطالب باعلى النقود والمطلوب يسلم ادناه وكل هذه صفتها يمنع جواز البيع
وان استوى رواجها وماليتها جاز البيع ويعطى المشتري اي نوع شاء اذ لا
نزاع عند عدم الاختلاف في المالية فان بيع شئ ذو افراد كل واحد منها بكذا
فان لم يتفاوت في الافراد صح البيع في فرد واحد كما اذا باع صبرة حنطة كل صاع
بدرهم صح البيع في صاع واحد عند ابي حنيفة الا ان يسمي جملة صيعانها بان قال
هذه الصبرة صياعا ان كل صاع بدرهم يصح في الكل وقالا صح في الكل سمي او لم يسم والا
اي وان لم تفاوت افراده كما اذا باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فلا يصح البيع اصلا لا في الواحد ولا في
الجميع ان لم يسم عدد الافراد فههنا ثلاثة اوجه اما ان جملة الصيعان وجملة الاغنام لم يبين جملة
الثمن او بين جملة الثمن ولم يبين جملة الصيعان وجملة الاغنام ففي هذين الوجهين
يجوز البيع في الكل اجماعا لان المبيع لما صار معلوما بالتسمية وقد بين ثمن كل صاع
وكل شاة فصار الثمن معلوما ضرورة وكذا عكسه وان لم يبين جملة
الثمن ولا جملة الصيعان والاغنام فعنده لا يجوز الا ان يعلم عدد الصيعان
والاغنام في المجلس وعندهما يجوز في الكل وان باع صبرة حنطة على انها مائة صاع
بمائة درهم فان نقص الصاع عن مائة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ المشتري
الموجود بالحصة من الثمن او فسخ البيع لانه لم يتم رضاء المشتري بالموجود فله
الخيار وان زاد الصاع على المائة فللبائع الزيادة لان البيع قد وقع على

قدر معين فلا يستحق المشتري الزيادة عليه والقدر ليس بوصف حتى يتبع الاصل وفي المذروع اي بان باع المذروع على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فوجد اقل من الذراع الذي سماه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الاقل بكل الثمن او ترك البيع وان وجده اكثر من الذراع الذي سماه كان الاكثر له اي للمشتري ولا خيار للبائع واصله ان الذرع فيما يذرع يشبه الاوصاف اذ الاسم لا يتغير بزيادة الذرع ونقصانه بل يتغير وصفه فيصير اطول واقصر وهما من الاوصاف فان زاد سلم للمشتري لان الصفة تابعة فيستحق باستحقاق المتبوع كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا سليم واذا نقص فقد فات الوصف المرغوب فيختل رضاه فله الخيار في الاخذ وعدم الاخذ كما لو اشتراه سليما فوجده معيبا ولا يحط شئ من الثمن لان الوصف لا يقابله شئ من الثمن والفاصل بين القدر والوصف ان ما لا ينقص الباقي بفوته فهو اصل وما ينقص الباقي بفوته فهو وصف فعلم من هذا ان القدر في المكيلات والموزونات اصل والذرع في المذروعات وصف فان انتقص قفيز او احد من مائة قفيز لا يتعيب الباقي ويشتري الباقي بالثمن الذي كان حصته مع القفيز الواحد وان انتقص الواحد من الثوب لا يشتري بالثمن الذي كان يشتريه معه فان العباي كان خمسة عشر ذراعا يشتري بخمسة عشر دينارا اما اذا انتقص خمسة ذراع منه لا يشتري الباقي العشرة بعشرة دينار لانه لا يكفي جبة وخمسة عشرة يكفي واذا قال بعت المذروع على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فوجد المشتري اقل من عشرة او اكثر فبالحصة فيهما اي في الاقل والاكثر فان وجده اقل فله الخيار ان شاء اخذ الاقل كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع وكذا ان وجد اكثر فله الخيار ان شاء اخذ كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه اذا قال كل ذراع بدرهم جعل الذراع اصلا لان مقابلة الثمن به من خواص كونه جعل اصلا فان الثمن لا يقابل الاوصاف ونزل كل ذراع بمنزلة الثوب وصح بيع البر

مع الخيار وعند ابي يوسف رح فرض الكر صحيح ان شاء والاول قول ابي حنيفة رحمه الله عليه وهو الاصح ومنهم من قال ان الخيار فيما يتفاوت كالكرباس فلا يأخذ الزائد لانه في معنى المكيل كما في المحيط ١٢

ملا شمس محمد

في سنبلة والباقلاء الاخضر ونحوه كالارز والسمسم والجوز واللوز والفستق في قشره
الاول وقال الشافعي رح لا يصح بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول
وله في بيع السنبلة قولان انما قال في قشره الاول لان فيه خلاف الشافعي رح اما في قشره الثاني يجوز اتفاقا

وصح بيع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا فبيع الثمار قبل الظهور لا يصح اتفاقا وان باعها
بعد ان يصير منتفعا بها يصح وان باعها قبل ان يصير منتفعا بها بان لم تصلح تناول
بني آدم وعلف الدواب فالصحيح انه يصح لانه ان لم يكن منتفعا بها في الحال فهو
بعرض ان يصير منتفعا بها في المآل بواسطة الترك وقال الشافعي رح لا يصح بيع
ثمرة بعد ما صارت منتفعا بها قبل الادراك ويجب على المشتري قطعها اي قطع الثمرة
في الحال ليفرغ ملك البائع وشرط تركها على الشجر يفسد البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد
للبيع ويشغل ملك الغير وهذا اذا لم يتناه عظمها فان تناهى عظمها وباعها مطلقا او بشرط
القطع صح وان باعها بشرط الترك لم يصح قياسا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وصح
استحسانا عند محمد وذكر في الاسرار ان الفتوى على قوله لانه شرط متعارف في تجارة اما اذا لم
يتناه عظمها لان الثمار على رؤس الاشجار تزيد وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع
اعني الارض والشجر فكانه ضم المعدوم الى الموجود فاشتراهما فيفسد البيع كالاستثناء
قدر معلوم منها اي باع الثمر على الشجر واستثنى قدرا معلوما يفسد البيع لجهالة ما بقي
بعد الاستثناء بل ربما لا يبقى شيء بعد الاستثناء وهذه رواية الحسن عن
ابي حنيفة رح وفي ظاهر الرواية وهو قول مالك رح يصح البيع **فصل في الخيار**
هو التخيير بين الفسخ والاجازة صح خيار الشرط من اضافة الحكم الى سببه
اي صح الخيار الذي يكون بسبب الشرط لكل واحد منهما من البائع والمشتري ولهما
ثلثة ايام او اقل ولا يصح اكثر منها عند ابي حنيفة وزفر والشافعي رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح يصح ان كانت مدة معلومة طالت او قصرت والقياس يقتضي عدم جواز شرط

كفاية عه
واعلم ان الخيارات ثلثة خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وهذا هو المذكور في المختصرات ولكن خياران آخران احدهما خيار التعيين وسيجيء بيانه في الكتاب والآخر خيار المغرور والغبن قالوا في المتون غبنا فاحشا له ان يرده على بائعه بحكم الغبن وقال ابو علي النسفي فيه روايتان عن اصحابنا ويفتى
عيني

الخيار لانه مخالف من مقتضى البيع وهو اللزوم وانما تجوز لقوله عليه السلام لحبان بن
منقذ الانصاري اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام ولياليها الا انه يجوز البيع
ان شرط الخيار اكثر من ثلثة ايام واجاز في الثلث خلافا لزفر والشافعي رح وانما يجوز
البيع ان اجاز في الثلاث مع انه ينعقد فاسدا لان المفسد قد زال قبل تقرره بدخول
يوم الرابع فيجوز العقد وقيل ان العقد لم يقع فاسدا بل هو موقوف والفساد يجيء
باتصال يوم الرابع فاذا اجاز قبل يوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد
وصار كان الخيار لم يكن مشروطا في اليوم الرابع وكذا اي مثل خيار الشرط
ان اشترى بشرط انه لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام او اكثر فلا بيع بينهما وهذا
في معنى شرط الخيار لان الحاجة فيه مست الى انفساخ العقد عند عدم النقد دفعا
للضرر فعند ابي حنيفة شرط نقد الثمن جائز الى ثلثة ايام والى الزيادة غير جائز
كشرط الخيار وعند محمد يجوز الزيادة على الثلث كشرط الخيار واما ابو يوسف فلم يجوز
شرط نقد الثمن الى الزيادة على الثلاث مع انه يجوز شرط الخيار على الزيادة لان القياس
ما قال ابو حنيفة رح نجري في خيار النقد على القياس وفي خيار الشرط اخذنا الاثر وهو ما روي
ابن عمر رضي الله عنه وهو اجاز خيار الشرط زيادة على الثلاث وان نقد في الثلث
صح عندهم لزوال المفسد وعند زفر لا يجوز خيار النقد ولا يخرج مبيع عن ملك
باعه مع خياره لان العين لا يخرج عن ملكه بطريق التجارة الا برضائه وبشرط الخيار
فات رضاءه وفيه خلاف الشافعي رح فان قبضه المشتري فهلك في يد المشتري في مدة
الخيار عليه بالقيمة ان لم يكن شيء مثلي فعليه القيمة وان كان مثليا فعليه المثل وقال ابو ليلى لا شيء عليه
لانه امين ونحن نقول البائع ما رضي بقبضه بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد مضمون
بالقيمة لان ضمان الاصلي هو القيمة وانما تحول الى الثمن عند تمام الرضاء ولم يوجد حين
شرط البائع الخيار لنفسه اما لو هلك في يد البائع فسخ كما في بيع البات كالمقبوض على سوم

جاز في قولهم جميعا وقدم عند ابي حنيفة و محمد اصلهما واما ابو يوسف فقد اخذ في شرط الخيار باثر ابن عمر رضي الله عنهما بانه اجاز الخيار الى شهرين وفي خيار النقد كما قال ابو حنيفة ١٢ برجندي

صورة بيع البات اذا بيع البيع المطلق اي لا يكون لواحد من المتعاقدين خيار فان كان المبيع في يد البائع فهلك في بيع البات انفسخ البيع ١٢

قوله لكن لا يملك المشتري

المشتري بان ساوم الشئ ويسمي الثمن وقبض ذلك الشئ وهلك في يده ضمن قيمته
اذا لم يسم الثمن لم يضمن ويخرج المبيع عن ملك البائع مع خيار المشتري لان البيع
في جانب البائع لازم فاذا قبضه المشتري فهلكه في يده بالثمن وقال الشافعي بالقيمة
كتعيبه اي كتعيب المبيع بفعل المشتري او بفعل اجنبي او بآفة سماوية او غيره لان
المشتري عجز عن رد المبيع كما قبض فسقط خياره ولزم العقد وكذا الهلاك فانه
لا يخلو عن مقدمة العيب فيجب على المشتري لكن لا يملكه المشتري اذا كان الخيار له
عند ابي حنيفة رح وعندهما يملك المشتري وهذا اصل يبتني عليه مسائل اشار اليها بقوله
فلا يثبت احكام الملك عنده كعتق قريبه اي لو اشترى قريب المحرم بالخيار لا يعتق
عنده في ايام الخيار خلافا لهما ونحوه كما اذا اشترى زوجته بالخيار لا يفسد
النكاح عنده وعندهما يفسد ولو ولدت المشتراة في يد البائع لا تصير ام الولد للمشتري
عنده خلافا لهما وكما اذا حلف ان ملكت هذا العبد فهو حر وان اشتراه بالخيار لا يعتق
في ايام الخيار عنده وعندهما يعتق وكما اذا اشترى عبدا بالخيار فحاضت
في ايام الخيار لا تعد هذه الحيضة من الاستبراء عنده وعندهما رح تعد من
الاستبراء ولو ردت الامة بالخيار على البائع لا يجب الاستبراء على البائع عنده لان الاستبراء
على البائع اذا ردت الامة بعد القبض وكما اذا اشترى وقبض المبيع باذن
البائع ثم اودعه عند البائع فهلك في يده هلك من مال البائع لان قبض المشتري قد ارتفع
بالرد لان المشتري لم يملكه فلم يصح الايداع بل رده الى البائع رفع القبض فيكون الهلاك
قبل القبض فيكون من المال البائع وعندهما لما ملكه المشتري يصح ايداعه ولم يرتفع
القبض فكانه هلك في يد المشتري فيكون الهلاك من ماله وكذا اذا اشترى عبد
الماذون شيئا بالخيار فابرءه بائعه عن الثمن في مدة الخيار صح الابراء وبقي خياره فان
اختاره كان المبيع له بلا ثمن وان فسخ عاد المبيع الى البائع لان عنده لم يملكه

فكان الرد امتناعا عن التملك والماذون يملكه كما لو وهب له شئ فامتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه ملكه عندهما فكان الرد والفسخ من العبد تمليكا الى البائع بلا بدل وهو تبرع والماذون لا يملكه وكما اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على ان المشتري بالخيار وقبضها ثم اسلم المشتري بطل البيع عنده لانه لم يملكها فلو لم يبطل البيع يتملكها المشتري عند اسقاط الخيار بعد اسلامه فلزم تملكه لمسلم الخمر وذا لا يجوز وعندهما نفذ البيع ولا يبقى الخيار لانه ان بقي كان له ولاية الرد والرد يكون تمليكا والمسلم لا يملك تمليك الخمر والفسخ اي فسخ من له الخيار سواء كان بايعا او مشتريا لا يعمل في انتقاض البيع الا ان يعلم صاحبه بالفسخ في المدة اي في مدة الخيار فلو فسخ في حال غيبة صاحبه فان بلغه الخبر قبل مضي المدة انتقض البيع لحصول العلم واذا بلغه بعد مضي المدة تم البيع وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح لان العقد منعقد مع الخيار وبالفسخ يرتفع الانعقاد في حق الاخر وهو لا يخلو عن الضرر بالاخر وقال ابو يوسف والشافعي يجوز الفسخ بغير علم صاحبه بخلاف الاجازة اي ان اجاز البيع من له الخيار يعمل اجازته في نفاذ البيع وان لم يعلم بها صاحبه في المدة ويسقط الخيار بمضي المدة اي اذا مضت مدة الخيار تم البيع وقال مالك اذا مضت المدة ولم يجز البيع بطل البيع وبكل ما يدل على الرضاء كالركوب والوطي والاعتاق وغير ذلك لان هذه التصرفات دليل التملك وكذلك اخذ بالشفعة فلو اشترى على ان الخيار ثلثة ايام فباع رجل دارا بجنبها واخذه المشتري بالشفعة صح اخذه وكان اخذها بالشفعة رضى بالبيع وشراء احد الثوبين او احد ثلثة اثواب على ان يعين واحدا من الثوبين او الاثواب صح وهذا خيار التعين لا يصح في الاكثر من الثلثة وعند مالك يصح كما في الثلثة وعند زفر والشافعي لا يصح في الكل وهو القياس لجهالة المبيع لان المبيع احد الثوبين او احد الثلثة وهو مجهول ولكنا نقول جوز ذلك لمكان الحاجة الى التروي لاختيار الرفق والجهالة ههنا لا يفضي الى النزاع لان الامر مفوض الى المشتري فيختار ايما شاء ويرد الباقي

جواب سؤال مقدر كما صح خيار التعيين في الزيادة على الثلث

والحاجة تندفع بالثلثة لاشتمال على الجيد والردي والوسط وفي الاربعة لم يجد الحاجة
فلم يجوز وشراء العبدين بالخيار صح ان فصل الثمن وعين محل الخيار اي باع عبدين
باعلى انه بالخيار في احدهما او كان الخيار للمشتري ان فصل الثمن وعين محل الخيار كما اذا باع سالما
اوغانما بالفين كل منهما بالف على ان البائع او المشتري بالخيار في سالم ثلثة ايام صح البيع وفسد
في الاوجه الباقية وهذه المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار كما ذكرنا
والثاني ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار كما اذا باع سالما وغانما بالفين على ان البائع او المشتري
مخير في احدهما والثالث ان يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار كما اذا باعهما بالفين كل واحد بالف بشرط الخيار
في احدهما والرابع ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن كما اذا باعهما بالفين بشرط الخيار في سالم ففي
الوجه الاول صح البيع وفي الاوجه الثلثة فسد لجهالة المبيع او الثمن فان من فيه الخيار غير داخل تحت الحكم
للبيع فيبقى الاخر وحده وهو مجهول فصار البيع مجهولا والثمن يثبت بطريق الحصة بالتقسيم فيكون
مجهولا وعبد مشتري بشرط كتبه او خبزه وامة مشتراة بشرط انها بكر ولم يوجد هذه الاوصاف
في المشتري يخير المشتري لفوات الوصف المرغوب مارضي بدونه واذا اخذ المشتري اخذ بثمنه
جميعا او تركه لان الوصف لا يقابلها شيء من الثمن وهذا الشرط لا يفسد البيع لان كل شرط شرط في
البيع يرجع الى بيان صفة المبيع لا يفسد العقد لكونه ملائما كاشتراط صفة السلامة على العيب ويورث
خيار التعيين كما اذا اشترى احد الثوبين بعشرة على ان يعين ايا شاء فمات المشتري يقوم وارثه
مقامه وله ان يعين ايا شاء والعيب لان الوارث يستحق المبيع سليما عن العيب كالميت فاذا وجد فيه
عيبا له ان يرده لا خيار الشرط فان العقد يتم بموت من له الخيار وبطل خياره بموته وقال مالك ينفسخ
العقد وقال الشافعي رح خيار الشرط يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه واجمعوا على انه لو مات
من عليه الخيار يبقى الخيار لمن له الخيار وكذا لا يورث خيار الرؤية لان الخيار يثبت للعاقد بالنص
كما سيجيء والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له الخيار **فصل** صح شراء ما لم يره كما اذا اشترى
زيتا في زق او برا في جوالق واتفقا على انه موجود في ملكه لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره

فله الخيار اذا راٰه وقال الشافعي لا يصح العقد لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه الصلوٰة والسلام من اشترى الى اخره وللمشتريه الخيار عندها اى عند الرؤية ان شاء اخذ وان شاء ترك وخيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد مبطل لان الحديث اثبت خيار مطلقا للمشتري فلا يتوقف ويبقى وان رضى المشتري قبلها اى قبل الرؤية لان الخيار تعلق ثبوته بالرؤية فلا يثبت قبلها ويكون معدوما فلا يصح اسقاط الخيار لكن لو فسخ البيع قبل الرؤية نفذ الفسخ لان العقد غير لازم لا يصح الخيار لبائعه بان لم يره بان ورث شيئا فباع قبل الرؤية فانه لاخيار له اذا راٰه وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار ثم رجع وقال لا خيار له ويبطله اى خيار الرؤية وخيار الشرط تعيبه قبل الرؤية وبعدها وتصرف لا ينفسخ كالاعتاق والتدبير او يوجب حقا لغيره كالبيع المطلق بلاخيار والرهن والاجارة والهبة مع التسليم فان هذه التصرفات يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما تعلق بالمبيع حق الغير يتعذر الفسخ فيسقط الخيار وما اى التصرف لا يوجب حق الغير كالبيع بخيار الشرط للبائع ومساومته بان عرض الى البيع وهبة بلا تسليم يبطل الخيار بعدها اى بعد الرؤية لانها اسقط الخيار تصريح الرضاء فيسقط بدليله ايضا وهذه التصرفات دليله فقط اى لا قبل الرؤية لان الخيار لا يبطل قبلها بصريح الرضاء فلا يسقط ايضا بدليله الا اذا تعلق به حق الغير كان مانعا من الفسخ كما ذكروا فان باع قبل الرؤية يشترط الخيار للمشتري ورد المشتري عليه بخيار الشرط ثم راٰه لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية ولا يعتبر رؤيته كل المبيع لتعذرها اذ البواطن والدقائق لا يرى بل يعتبر رؤية المقصود من المبيع كوجه الامة والغلام لان العلم به وبصفاته يتحقق برؤية الوجه والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل الخيار ووجه الدابة وكفلها وشرط بعضهم رؤية القوائم وعن محمد رح رؤية الوجه يكفي في بني ادم وموضع علم الثوب المعلم فما لم يره موضع العلم لا يسقط خياره لان المالية يتفاوت بحسنه وظاهر ثوب غيره اى غير المعلم وعند زفر لا بد من نشره ورؤية كله وبيوت من دار مقصودة حتى لو كان

صحتها الا بمكن ... بخيار ضرورة وعن ... على بان دلالة الرضاء لا يبطل على صريحه اذا لم يكن من ضرورات صحة آخر وههنا هذه الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة والقول بصحتها مع انتفاء اللازم محال ١٢ عناية

لان رؤية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعذر رؤية الجميع وانما ذكر الكفل في الدابة لانه اذا راى وجهها فقط لا يسقط خياره

في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتان طابق يشترط رؤية الكل كما يشترط
رؤية صحن الدار ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبل والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا
ويعتبر نظر وكيله بالشراء فبرؤيته يسقط خياره اجماعا ويعتبر نظر وكيله بالقبض حتى لو اشترى
طعاما فوكل رجلا كما في سمرقند وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر ويعتبر بالقبض فقبضه الوكيل
بعد ما رآه فليس للمشتري ان يرده اذا رآه ولا يعتبر نظر رسوله فان ارسل رسولا بالقبض فقبض الرسول
بعد ما رآه فللمشتري ان يرده وصورة الوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا عني بقبض المبيع وصورة الرسول
ان يقول كن رسولا عني بقبضه وهذا عند ابي حنيفة وعندهما الوكيل والرسول سواء وللمشتري
ان يرده اذا رآه وصح عقد الاعمى بان اشترى او باع وقال الشافعي لا يصح لانه لا يجوز شراء
ما لم يره وله الخيار اذا رآه ويعتبر جس الاعمى المبيع اذا كان مما يعرف بالجس وشمه اذا كان يعرف بالشم
وذوقه اذا كان يعرف بالذوق لان هذه الاشياء تفيد العلم كما في بصير ويعتبر وصف العقار
عنده بالبلغ ما يمكن فاذا قال رضيت سقط خياره وعن ابي يوسف انه يقاد الى ذلك الموضع فاذا صار بحيث
لو كان بصيرا لرآه كان له فقال رضيت سقط خياره وقال الحسن بن زياد وهو رواية عن ابي حنيفة
يوكل بصيرا ليقبضه وهو ينظر اليه ومن رأى شيئا ثم اشترى بعده فله الخيار ان تغير
لانه اشترى عينا لم يره لان بالتغير صار شيئا آخر فلا يفيد الرؤية السابقة وان لم يتغير فلا خيار له و
ان اختلفا في التغير فقال المشتري تغير وقال البائع لم يتغير كان القول للبائع مع يمينه في عدم التغير
وعلى المشتري البينة وهذا اذا كان المدة قريبة ليعلم انه لا يتغير في مثل ذلك المدة فان بعد
المدة بان رأى منه شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع انه لم يتغير فالقول
للمشتري وان اختلفا في الرؤية فالقول للمشتري في عدم رؤيته مع الحلف لانه ينكر امرا حادثا

فصل في خيار العيب والمشتري وجد عيبا بما اشتراه نقص ثمنه عند التجار رده
مبتدأ المشتري خبره او اخذه اي المبيع بكل ثمنه وليس للمشتري امساكه واخذ نقصان
العيب والاباق والبول في الفراش وسرقة صغير يعقل عيب اما سرقة

صغير لا يعقل فليس بعيب وكذا البول في الفراش لا يكون عيبا في الصغير جدا والعيب
في السرقة لا يختلف بين ان يكون من المولى او من غيره الا في الماكولات فان سرقة ما يوكل
لاجل الاكل من المولى لا يعد عيبا ومن غير المولى يعد عيبا وسرقة ما يوكل لا لاجل
الاجل بل للبيع من المولى ومن غيره عيب والبول والاباق والسرقة من بالغ عيب
آخر ومعنى هذا اذا ظهرت هذه العيوب عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري
في صغره فهو عيب ويرده به لاتحاد العيب باتحاد السبب واذا وجدت هذه الاشياء
في الصغير عند البائع فباعه فوجدت عند المشتري بعد البلوغ لم يرده لاختلاف العيب
باختلاف السبب وان وجدت هذه الاشياء بعد البلوغ عند البائع ثم وجدت عند المشتري
يرده به لان شرط استحقاق الرد وجود العيب عند البائع والمشتري فاما العيب الذي في يد
البائع لا يوجب الرد للمشتري مع عيب حدث في يده فالاباق والبول في الفراش والسرقة
في حال الصغر لحب اللعب والبول في الفراش هو لضعف المثانة وقلة التامل في العواقب و في
حال الكبر لخبث الباطن وداء فيه وخبث في الطبيعة ورغبته في المال فاختلف السبب
فيختلف العيب وجنون الصغير عيب ابدا يعني اذا جن عند البائع في الصغر وفي الكبر يرده
لانه عين الاول لان السبب متحد وهو آفة في الدماغ وقيل اذا اشترى عبدا قد جن عند البائع
فله ان يرده وان لم يجن عند المشتري والجمهور على انه لا يرده ما لم يعاود عند المشتري وهو
الصحيح والبخر هو نتن رائحة الفم والدفر بالذال المعجمة والتحريك هو مراد الفقهاء رائحة منتنة
في الابط والزنا والتولد منه عيب فيها اي في الامة لا فيه اي في العبد لان المقصود من
الامة الاستفراش وزناها وكونها ولد زنا يخل لهذا المقصود والمقصود من العبد
الاستخدام وزناه وكونه ولد زنا لا يخل لهذا المقصود الا ان يكون الزنا عادة له وقال الشافعي رح
الزنا عيب مطلقا كالسرقة والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر
عن صحبة الكافر والاستحاضة وارتفاع الحيض من بنت سبع عشرة سنة عيب لانها

دليل داع فی الباطن وانما یعرف هذا بقول الامة لانه لاطریق لمعرفة
ذلك الا بهذا ثم یستحلف البائع مع هذا وان کان بعد القبض فترد
بنکوله وان کان قبل القبض فکذلك فی الصحیح وعن محمد یرد بلا
یمین البائع وان ظهر عیب قدیم بعد ما مات العبد المشتری فی ید
قبل رؤیة العبد او اعتقه مجانا او دبره او استولد الامة المشتراة
المشتری رجع علی البائع بالنقصان فان الموت لا یبطل الرجوع بنقصان
العیب لان الملك قد ینتهی بالموت فامتناع الرد امر حکمی لا بفعل المشتری
اذ لا صنع له فیه ای الموت واما الاعتاق فالقیاس فیه ان لا یرجع
بالنقصان وهو قول الشافعی رح لان امتناع الرد بفعله وهو الاعتاق
فصار کانه حابس له ویرید الرجوع وفی الاستحسان یرجع بنقصان
العیب لان الاعتاق انهاء للملك واتمام له لان الملك فی الادمی
یثبت علی منافاة الدلیل الی غایة العتق والشئ ینتهی ویتقرر
بمضی مدته فیشبه بالموت فیرجع فیه کما یرجع فی الموت
والتدبیر والاستیلاد کالاعتاق فان المحل بهما یخرج من ان
یکون قابلا للانتقال الی ملك من ملك فقد تعذر الرد
فیرجع بنقصان العیب لا یرجع بنقصان العیب بعد ما اعتق
العبد علی مال او کاتبه ثم اطلع علی عیب لانه زال ملکه ای ملك
معتق بعوض فصار کالبیع وعن ابی حنیفة رحمه الله وهو
قول ابی یوسف انه یرجع لان البدل والمبدل ملك
فصار کالاعتاق بلا مال او قتله لان القتل فعل مضمون
اذ لو باشره فی ملك الغیر یضمن وانما یسقط الضمان

عشرا فیرجع بعشر الثمن ونصفا فنصفه ١٢ قهستانی

عیب فان کان التفاوت قیمة تقوم بلا عیب ومع العیب بین بعض الثمن ای بالنقص وهو التفاوت ما بین القیمتین

بالنقصان کما فی الخزانة فی المحکمة لم یرجع قبل الظهور فی البیع

٣ المشتری فان قتل غیره ضمن القیمة وعنهما یرجع بالنقصان کما فی المضمرات

والاصل انه ان تلف المشتری من غیر فعل المشتری کالموت رجع به وکذا من فعله فعلا لم یضمن به لو وقع عنه فی ملك الغیر کالاعتاق مجانا و

اما التلف بما ضمن کالاعتاق علی مال فلم یرجع قهستانی

ههنا باعتبار الملك فيصير كانه استفاد عوضا عن العبد فلا
يرجع وعن ابی یوسف انه یرجع لان المقتول میت باجله فکانه
مات حتف انفه او کان المشتری طعاما فاکل بعضه ثم اطلع
علی عیب لا یرد ما بقی ولا یرجع بنقصان ما اکل وما بقی لان
الطعام فی الحکم کشیء واحد فلا یرد بعضه بالعیب
دون البعض کما لو باع البعض وعن ابی یوسف ومحمد رح انه
یرجع بنقصان العیب فی الکل وعنهما ان یرد ما بقی ویرجع بنقصان
فیما اکل او اکل کله لان تعذر الرد بفعل مضمون منه
فی المبیع فلا یرجع بنقصان العیب بسلامة العوض له وعندهما
رح یرجع او کان المشتری ثوبا او لبس فتخرق لم یرجع لما ذکرنا
انه تعذر الرد بفعل مضمون وعندهما یرجع وان ظهر عیب
قدیم بعد ما حدث عند المشتری عیب آخر کما اذا اشتری
ثوبا فقطعه ولم یخط فوجد به عیبا آخر رجع به ای بنقصان
العیب لامتناع الرد بسبب القطع لکونه عیبا حادثا الا ان یاخذ
البائع ویقبل کذلک ای معیبا لان الرد امتنع لحق البائع وقد رضی
به فزال المانع وهذا ما لم یختلط المبیع بملک المشتری وان اختلط
بان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او اصفر او لت
السویق بسمن ثم اطلع علی عیب فانه لا یاخذه البائع ورجع بنقصان
العیب لاختلاط المبیع بملک المشتری وهو الخیط والصبغ والسمن
فیمتنع الرد لحق الشرع لان زیادة الحالة اذ هو فی معنی وحرمة الربوا حق الشرع
فلا یرجع المشتری علی البائع بنقصان العیب ان باع ما اختلط بملک المشتری

قبله ای قبل ظهور العیب والرؤیة لان المشتری حبس المبیع علی البائع بالبیع لا بعده لان الرد کان ممتنعا قبل البیع للزیادة الحادثة فی الثوب من ملک المشتری فلم یکن المشتری حابسا للمبیع والاحسن فی العبارة هذا فیرجع المشتری ان باعه بعده لا قبله والاکل لو کان المبیع قائما ویمکنه الرد برضاء البائع فان باعه لا یرجع بنقصان العیب لامتناع الرد بفعله لانه بالبیع صار ممسکا للمبیع معنی فکان المبیع فی یده وهو یرید ان یرجع بنقصان العیب وثمه لیس له ذلک فکذا اذا باعه فی کل موضع لو کان المبیع قائما علی ملکه لا یمکنه رده وان رضی بائعه به فاذا خرج عن ملکه یرجع بنقصان العیب لان الرد کان ممتنعا قبل بیعه فلم یصر ممسکا للمبیع ببیعه هکذا ذکروا وعلی هذا الاصل ینبغی ان یرجع المشتری علی البائع ان باع ما اختلط بملکه قبل ظهور العیب والرؤیة لان المبیع لو کان قائما علی ملک المشتری لا یمکنه رده وان رضی البائع به لان المبیع اختلط بملک المشتری فیمتنع الرد لحق الشرع للزیادة الحادث فینبغی ان یرجع بالنقصان وبعد کسر الجوز ای من اشتری جوزا ونحوه کالبیض والبطیخ والقثاء والخیار وکسرها فوجده فاسدا رجع بالنقصان فی المنتفع به للانسان او الحیوان مع فساده ولا یرده لتعذره بالکسر لانه عیب حادث وقال الشافعی انه یرده اذ کسره مقدار ما لا بد منه للعلم بالعیب ورجع بالکل ای بکل الثمن فی غیره ای فی غیر المنتفع به اصله ای بحیث لا یصلح لاکل الناس ولا لعلف الدواب کالقرع اذا وجده مرا والبیضة اذا کانت مذرة هذا اذا ذاقه فوجده کذلک فترکه فان تناول شیئا منه بعد ما ذاقه لا یرجع علیه بشیء وان اشتری عبدا فجاء بالعبد الی البائع وادعی الاباق یسال القاضی عن البائع ایه کان هذا العیب فی یده ام لا فان اقر ثبت العیب فی حق سماع الدعوی وان انکر اثبت او لا انه ابق عنده بالبینة او بنکول البائع عن الحلف علی العلم ای یحلف البائع ما لم تعلمه انه ابق عند المشتری وهذا قولهما واختلف المشائخ علی قول ابی حنیفة فقیل یحلف عنده ایضا وقیل لا یحلف عنده هو الصحیح لان التحلیف شرع لدفع الخصومة متحققة لا لانشائها ولو حلف البائع هنا لا ینقطع الخصومة بینهما

ف فالحاصل ان الرد قبل البیع للزیادة الحادثة فی البیع من ملک المشتری حابسا للمبیع بالبیع فینبغی ان یرجع قبل ان امتناع الرد اصلا انما یکون بعد استحقاق ...

[illegible marginal annotations]

بل تحقق خصومة اخرى فانه متى نكل عن اليمين تحقق العيب في الحال فتحقق بينهما خصومة
اخرى وهو ان هذا العيب هل يوجد عنده عند البائع ويحتاج الى استحلاف البائع مرة اخرى فان برهن
المشتري اقام البينة انه ابق عند البائع او حلفه انه باعه وسلمه وما ابق وحلف بالله ماله
حق الرد عليك بهذا الدعوى وانما يحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه ولا يحلف بالله
لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه ترك النظر للمشتري لانه ان ابق بعد
قبل التسليم لا يحنث لانه حينئذ يتعلق الحنث بقيام العيب في الحالين والمعلق
بالشرطين لا ينزل الا عند وجودهما ولا ثمن على المشتري اذا ادعى العيب حتى تبين عدمه
بحلف او غير ذلك لان المشتري انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه
بدعوى العيب لان حقه في التسليم ومداواة العيب وركوبه في حاجته رضاء
الاصل ان المشتري اذا تصرف في المبيع بعد ما علم بالعيب تصرف الملاك بطل حقه
في الرد لانه دليل الرضاء بالعيب لا يكون ركوبه لرده او سقيه او شراء علفه والحال
انه لا بد منه لا يكون رضاء لانه يحتاج في رده الى سوقه وربما لا ينقاد له ما لم يركبه
وكذا في السقي وشراء العلف ولو اختلفا فقال البائع ركبته لحاجتك وقال المشتري لا بل
لرده عليك فالقول للمشتري ولو اشترى عبدين صفقة واحدة الصفقة ضرب
اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن العقد ووجد باحدهما عيبا رده خاصة ان قبضهما جميعا
قيل هذا في شيئين يمكنه افراد احدهما بالانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن افراد احدهما بالانتفاع
كزوجي الخفاف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما وقال زفر له ردهما لا رد احدهما ولا
اي وان لم يقبضهما سواء لم يقبض واحدا منهما او قبض احدهما سواء وجد بغير المقبوض عيبا او بالمقبوض
اخذهما جميعا او ردهما وعن ابي يوسف انه اذا وجد بالمقبوض عيبا رده خاصة والاول هو الصحيح وانما
جاز رد احدهما بعد قبضهما لان الصفقة تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة وتفريق الصفقة
بعد تمامها جائز بخلاف ما قبل القبض فان الصفقة لا يتم مع عدم القبض لان للقبض شبها

بالعقد فانه يثبت ملك التصرف واليد كما ان العقد يثبت تمام ملك الرقبة فالتفريق في القبض
كالتفريق في العقد كما اذا وجد البائع في شيئين قبل المشتري احدهما فانه غير جائز كما في الكيلي
والوزني يعني لو كان المبيع كيليا او وزنيا من نوع واحد فوجد ببعضه عيبا رده كله او
اخذه كله وليس له ان يرد المعيب خاصة وان قبض اما قبل القبض فظاهر لان فيه تفريق
الصفقة على البائع قبل التمام وكذا بعد القبض لان المكيل والموزون كشئ واحد ولو
كان المبيع شيئا واحدا حقيقة فوجد ببعضه عيبا بعد القبض لا يرد المعيب فقط بخلاف العبدين
اذ كل واحد منهما مال بصفة الانفراد وقيل هذا اذا كان الكيلي والوزني في وعاء واحد اما اذا
كانا في وعائين فهو كعبدين حتى يرد الوعاء المعيب دون الاخر ولو استحق البعض من الكيلي
والوزني لم يرد الباقي لان الشركة في المكيل والموزون لا يعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما
والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضاء العاقدين وهذا اذا كان بعد القبض
واما لو استحق البعض قبل القبض فللمشتري حق الفسخ في الباقي لتفريق الصفقة قبل التمام بخلاف
ما اذا استحق بعض الثوب فان له الخيار في رد الباقي اذ تبعيض فيه عيب يضره وصح لو برئ
البائع عند البيع من كل عيب وان لم يسم العيوب ولم يعدها فليس للمشتري ان يرد
بعيب وقال الشافعي رح لا يصح البرء من كل عيب ما لم يسم فيقول برئت من كل
عيب كذا وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعند زفر رح يصح البيع ويبطل
الشرط ثم يدخل في هذه البراءة العيب الموجود عند العقد والعيب الحادث بعد
العقد قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد وزفر رح لا يدخل الحادث

فصل في البيع الصحيح والفاسد والمكروه

والصحيح ما كان مشروعا باصله ووصفه والفاسد ما كان مشروعا باصله لا بوصفه
والمكروه ما كان مشروعا باصله ووصفه لكن جاوره شئ اخر منهي عنه وقد يجعل الفاسد
اعم من الباطل فكل باطل فاسد ولا ينعكس ويبطل بيع ما ليس بمال كالدم والميتة والحر ابتداء اي

المكاتب والمدبر وام الولد فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد ممن له دين سماوي ومن
ليس له دين سماوي فهو بمنزلة الجماد وهذا لان صفة المالية بتمول كل الناس وبتمول البعض كالخمر
وكل ما ليس بمال فالبيع فيه باطل سواء جعل مبيعا او ثمنا وقال الشافعي رح يجوز بيع المدبر
وبطل بيع مال غير متقوم كالخمر والخنزير بالثمن اي بالدراهم والدنانير والتقوم يثبت
باباحة الانتفاع شرعا فقد يثبت صفة المتقوم بدون المالية فان حبة من الحنطة
ليست بمال لعدم تمول الناس اياه حتى لا يصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها شرعا وبطل بيع
قن القن من العبيد الذي ملك هو وابوه وعن ابن الاعرابي عبد قن اي خالص العبودية
وعلى هذا صح قول الفقهاء لانهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب ضم الى حر وبطل
بيع زكية اي مذبوحة ضمت الى ميتة وان سمي كل منهما وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما ان سمي لكل واحد ثمنا صح البيع في القن والزكية وصح البيع
في قن ضم الى مدبر او مكاتب او ام ولد او قن غيره بحصته لان هؤلاء محل للبيع في الجملة
فبطلانه لا يسري الى الغير كملك ضم الى وقف فانه يصح البيع في الملك بالحصة في الاصح وقال
زفر رح لا يصح البيع في القن والملك وفسد بيع العرض بالخمر والخنزير وعكسه فالبيع في العروض
فاسد حتى يملك ويجب قيمته عند القبض لكن في الخمر والخنزير باطل حتى لا يملك عينهما
ولا يجوز بيع المباحات كسمك في الماء وطير في الهواء وبيع حطب في الصحراء قبل ان يتملك بالاحراز
وينبغي ان يكون هذا البيع باطلا سواء كان بالدراهم والدنانير او بالعرض لان المباحات قبل
الاحراز ليس بمال لان المال ما يجري فيه المضائقة والابتذال والظاهر انها ما دامت مباحة
ليس كذلك ولا يجوز بيع ما لا قدرة على تسليمه الا بحيلة وان كان مالا مملوكا كالعبد الآبق
اذا كان عند غير المشتري وكالطير الذي اخذه ثم ارسله في الهواء او كالسمك اذا صيد
والقي في حظيرة لا يؤخذ الا بحيلة لانه غير مقدور التسليم ولو كان يؤخذ بغير
اصطياد وحيلة جاز ولو اجتمعت في الحظيرة لا باصطياده لم يصح بيعها امكن اخذها

بلا اصطياد او لم يمكن لانه غير مالك لها وان سد موضع دخول الماء فصرن بحال
لا يستطعن الخروج عنها لا يصح البيع عند بعض المشائخ لانه لا يملكها لان هذا القدر
ليس باحراز وقيل يصح البيع ان امكن الاخذ بغير اصطياد لانه لما فعل ذلك صار
اخذا لهن حكما فصرن ملكا له كما لو وقع شئ في شبكته وهذا الخلاف فيما اذا
لم تهئ الحظيرة للاصطياد لها اما ان هيأها ملكها بالخلاف وهذا البيع ينبغي ان
يكون فاسدا لانه باع ملكه لكن غير مقدور التسليم فصار كبيع الابق ولا قدرة على
تسليمه الا بضرر كالجذع في السقف والذرع من الثوب يضره القطع ذكر موضع قطعه اولا
لانه لا يمكن التسليم الا بضرر واما اذا كان الثوب لا يضره القطع كالكرباس يجوز البيع ذراعا
منه وهذا البيع فاسد ولو اخرج البائع الجذع او قطع ذراعا من الثوب قبل فسخ المشتري
العقد انقلب صحيحا لزوال المانع من الصحة ولا يجوز بيع ما فيه غرر هو ما انطوت
عنك معنية خفية عليك عاقبته كحمل هو ما كان في البطن ونتاج هو ما يحبل به هذا الحمل
وقد كانوا يعتادون في الجاهلية فابطل النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولبن في ضرع فانه
لا يدرى ان ما في الضرع لبن او ريح وهذا البيع باطل ولا يجوز بيع ما يفضي جهالته الى المنازعة
كالصوف على ظهر الغنم لانه يقع التنازع في موضع القطع وعن ابي يوسف انه يجوز بيع هذا الصوف
والمزابنة وهي بيع تمر مجذوذ اي مقطوع بمثله على النخل خرصا اي حزرا والمزابنة من الزبن
وهو الدفع فان هذا البيع يؤدي الى النزاع والدفاع وهذا البيع فاسد لشبهة الربوا
والملامسة والقاء الحجر والمنابذة هذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان
ساوم الرجلان على سلعة فاذا لمسها المشتري او وضع عليها حصاة ونبذها اليه
البائع لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع القاء الحجر والثالث المنابذة
وقد نهى النبي عليه السلام عن هذه البيوع لانه ينعقد البيع متعلقا باحد هذه الافعال
فيكون فاسدا لانه كالقمار ولا بيع المراعي ولم يرد بها رقاب المراعي لان بيع رقبة

الارض جائز اذا كانت مملوكة وانما المراد به الكلاء اطلاق المحل على الحال اما عدم جواز البيع فانه ورد على ما ليس بمملوك للبائع اذ بمجرد نبات الكلاء في الارض لا ينقطع شركة الناس عنه ولا يصير مملوكا له فبقي على اصل الاباحة ما لم يوجد الاحراز فان رب الارض لا يكون محرزا له بكونه في ارضه وينبغي ان يكون هذا البيع فاسدا واما اذا انبت الشجر في ارض مملوكة فهو مملوك لصاحب الارض وان نبت لا بانباته ولا اجارتها لانها اجارة على استهلاك العين ولو وردت على استهلاك عين مملوكة بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يصح لان محل الاجارة المنافع دون الاعيان فاذا وردت على استهلاك عين مباحة فاولى ان لا يجوز ولا بيع النحل ينبغي ان يكون هذا البيع فاسدا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رح يجوز ان كان محروزا مجموعا الا مع الكوارات اي معسل النحل اذا سوي من طين حتى لو باع كوارات فيها عسل بما فيها من النحل جاز ولا يجوز بيع اجزاء الآدمي كشعر ولبن امراة ولو في قدح حرة كانت او امة وقال الشافعي يجوز حرة كانت او امة وقال ابو يوسف ان كانت امة يجوز وان كانت حرة لا يجوز وصب اللبن في عين رمدة عند بعض اصحابنا لا يجوز وقيل يجوز اذا علم انه يزول به الرمد واجزاء الخنزير كشعره وهذا البيع باطل وجلد الميتة قبل دبغه وذلك لحرمة الانتفاع به لقوله عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم الجلد الغير المدبوغ وهذا البيع باطل وبعد الدباغ يباع وينتفع به لطهارته بالدباغ ودود القز وبيضه عند ابي حنيفة وينبغي ان يكون هذا البيع باطلا خلافا لهما لكن عند ابي يوسف يجوز بيع الدود اذا كان ظهر فيه القز والا لا واضطرب قوله في بيضه وعند محمد يجوز بيعهما كيف ما كان وعليه الفتوى اعتبارا للعادة ولا يجوز بيع العلو بعد سقوطه اي اذا كان علو الرجل وسفل الآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه بطل البيع اذ بعد السقوط لم يبق الا حق التعلي وهو ليس بمال وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل التسليم وبيع شخص على زعم انه امة وهو عبد او على زعم انه عبد وهو امة وهذا البيع باطل خلافا لزفر ولو اشترى شيئا على زعم انه ذكر فاذا هي انثى صح البيع وللمشتري الخيار والاصل ان الذكر والانثى

جامع الرموز

جامع الرموز

من بنى ادم جنسان مختلفان لفحش التفاوت فى المقاصد والمعانى المطلوبة والمبتغى من العبيد الاستخدام خارج البيت ومن الاماء الاستخدام داخلها كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد وانهما فى الحيوانات جنس واحد لتفاوت المقاصد والمعانى المطلوبة والمبتغى من اكل اللحم او الركوب او الحمل ومتى اجتمعت الاشارة والتسمية فى العقد فان كان المشار اليه مع المسمى جنسين مختلفين تعلق العقد بالمسمى وبطل العقد كما اذا اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج وان كان المشار اليه من جنس المسمى ولكنه فارقه بوصفه تعلق العقد بالمشار اليه وانعقد البيع لوجوده وخير المشترى لفوات الوصف كشراء عبد على انه خباز فاذا هو كاتب ولا يجوز شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد ثمنه الاول حتى لو اشترى امة بالف درهم حالا او نسيئة وقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل نقد الثمن فالبيع عندنا خلافا للشافعى رح ولو اشترى بمثل الثمن الاول او اكثر جاز وذلك لان الثمن قبل القبض لا يدخل فى ضمان البائع فاذا عاد اليه عين المبيع بالصفقة التى خرج عن ملكه يقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا وسلم للبائع خمسمائة مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها ينشأ من زيادة الثمن الاول على الثمن الثانى والثمن الاول لم يدخل فى ضمان البائع بخلاف ما اذا اشترى بمثل الثمن الاول او اكثر لان الربح ثمه حصل للمشترى والمبيع دخل فى ضمانه وشراء ما باع مع شىء اخر لم يبعه بثمنه الاول فيما باع وصح فيما لم يبعه حتى لو اشترى امة بخمسمائة وقبضها ثم باعها واخرى معها على البائع قبل نقد الثمن بخمسمائة صح الشراء فى التى لم يشترها من البائع وفسد فى الاخرى لانه لا بد له ان يجعل بعض الثمن بمقابلة امة لم يشترها منه فكان مشتريا للاخرى باقل مما باع ضرورة وهو فاسد عندنا ولم يجز بيع زيت على ان يوزن بائع بظرفه ويطرح للظرف كذا رطلا لان حكم هذا الشرط يخالف مقتضى العقد لان مقتضاه ان يطرح عنه مقدار وزن الظرف فاذا شرط ان يطرح عنه مكان كل ظرف كذا رطلا وجاز ان يكون له انقص او اكثر فكان شرطا مخالفا لمقتضى العقد ولاحد العاقدين فيه منفعة فيفسد العقد بخلاف شرط

طرح وزن الظرف فانه يجوز البيع لان هذا الشرط يوافق مقتضى العقد ولا يجوز البيع
بشرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحدهما اى احد المتعاقدين او نفع المبيع الذى يستحق
النفع اى يكون المبيع اهلا لاستحقاق النفع بان يكون آدميا حتى لو كان النفع لمبيع لا يستحق النفع
كشرط ان لا يبيع الدابة المبيعة لا يكون هذا الشرط مفسدا ثم حاصل المذهب ان كل شرط يقتضيه
العقد اى يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشترى فى المبيع او بشرط تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه يثبت بمطلق
العقد فلا يزيده الشرط الا تاكيدا وكل شرط لا يقتضيه العقد الا انه يلائم البيع اى يوكد موجبه كالبيع بشرط
ان يعطى المشترى بالثمن رهنا او كفيلا وهو معلوم بالاشارة او تسمية لا يفسد العقد ايضا لان
الرهن شرع وثيقة تاكيد الجانب الاستيفاء واستيفاء الثمن موجب العقد فما يوكده يلائم
العقد فلا يفسده فان لم يكونا معلومين فسد البيع لان جهالة الرهن والكفيل يفضى
الى النزاع فالمشترى يعطيه رهنا او كفيلا والبائع يطالبه باخر وكل شرط لا يلائم العقد
الا ان الشرع ورد بجوازه كخيار الشرط والاجل ولم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء نعل
على ان يحذوه البائع او يشركه لا يفسد ايضا استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس و
كل شرط لا يقتضيه ولا يلائم ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين
او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كما ذكرنا يفسد العقد كبيع العبد بشرط ان لا يبيع
المشترى فان العبد تقتضيه ان يتداوله الايدى وان لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء دابة وثوب بشرط
ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع فى ظاهر المذهب وعن ابى يوسف انه يفسد به البيع وقال الشافعى رح
انه يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية عن ابى حنيفة رح ولا يجوز البيع بثمن مؤجل الى اجل مجهول
كالنيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان يدر العاقدان ذلك لانها اجل مجهول
وجهالته يؤدى الى المنازعة لان البيوع مبنية على المماكسة والمضايقة حتى لو كان ذلك
معلوما للعاقدين صح لان المانع الجهالة ولم يوجد وكذا التاجيل الى قدوم الحاج والحصاد
والجزاز والدياسة والقطاف للجهالة لانها يتقدم ويتاخر وصح البيع ان اسقط الاجل قبل الحلول

خلافا لزفر رح والشافعي رح واعلم ان القوم قد جمعوا هذه المسائل وصرحوا بعدم جواز البيع
فيها ولم يبينوا ان البيع فيها باطل او فاسد ونحن ذكرنا في اثناء المسائل تصريحا واشارة
فلا ينبغي لك ان لا تتنبه لما هو الحق فان قبض المشتري هذا شروع في بيان احكام البيع
الفاسد واما البيع الباطل فلا يفيد حكما اصلا ويكون المقبوض فيه امانة عند القابض لان
العقد اذا بطل فبقي مجرد القبض باذن المالك وذا لا يوجب الضمان وقيل يكون مضمونا لانه
يصير كالمقبوض على سوم الشراء قيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما المبيع بيعا
فاسدا برضاء بائعه صريحا بان اذن بالقبض او دلالة كقبضه في مجلس عقده والبائع لا
ينهاه فان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه صح استحسانا
في الصحيح وان قبضه بعد الافتراق عن المجلس لا يصح قبضه ولا يملكه وكل من عوضيه مال احترازا عن البيع الباطل
انما ذكره مع التقييد بقوله بيعا فاسدا لان الفاسد قد يطلق على الباطل كما ذكرنا
ملكه جزاء لقوله فان قبض وقال الشافعي رح لا يملكه وان قبض باذنه صريحا
واذا هلك في يد المشتري لزمه مثله حقيقة اي صورة ومعنى في ذوات الامثال
كالبر والشعير لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى فقط او معنى كالقيمة فهي
مثل من حيث المالية كما في ذوات القيم مثل الحيوانات او يعتبر قيمته يوم القبض وقال محمد
قيمته يوم اتلفه فان كان الفساد بشرط زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن له منفعة الشرط
حق فسخه دون من عليه قيل هذا قول محمد واما عندهما فلكل واحد من المتعاقدين حق الفسخ لحق
الشرع لا لحق احد المتبايعين فانهما راضيان بالعقد والا اي وان لم يكن الفساد بشرط زائد بل يكون
الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين فلكل منهما حق الفسخ بحضر من الاخر فان خرج المبيع
من ملك المشتري بان باعه او وهبه وسلمه او اعتقه او بنى فيه دارا او مسجدا فلا فسخ
وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد والفسخ لحق الشرع وحقه اذا اجتمع مع حق العبد
يقدم حق العبد لان الله تعالى غني والعفو منه ارجى لا تهاونا لحق الشرع وطاب للبائع ربح ثمنه

بعد التقابض اى لو اشترى امة مثلا شراء فاسدا بالف درهم وتقابضا وربح كل
منهما فيما قبض طاب للبائع ما ربح فى الثمن ولا يطاب للمشترى ربحه ببيعه اى الامة فيتصدق به اى
بالربح واصله ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث الفساد فى الملك والمال نوعان
ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك تعمل فى النوعين كالمودع والغاصب
اذا تصرفا فى العروض والنقود وربحا يتصدق بالربح عند ابى حنيفة ومحمد رح لتعلق العقد بمال
غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة الخبث وفيما لا يتعين تمكن شبهة الخبث لتعلق
الحق به من حيث سلامة المبيع به او تقدير الثمن به فصار ملك الغير وسيلة الى الربح فتمكن فيه
شبهة خبث اما خبث الفساد الملك كما فى شراء الفاسد فيعمل فيما يتعين كالعروض مثلا لا فيما لا
يتعين كالدراهم والدنانير لان فساد الملك دون عدم الملك لان فى فساد الملك شبهة
عدم الملك وشبهة ملحقة بالحقيقة فى الحرمة فان النبى عليه السلام نهى عن الربوا والريبة واما
الدراهم والدنانير فغير متعين فى العقد ولو كانت متعينة كانت فيه شبهة الخبث لسبب الفساد
فعند التعين يكون فى تعلق العقد بها شبهة فيكون فيها شبهة الشبهة ولا اعتبار لها وكره النجش
وهو بفتحتين وروى بالسكون ان يساوم السلعة بازيد من ثمنها ولا يريد شراءها ترغيبا
لغيره فى الثمن الزائد وقال عليه السلام لا تناجشوا والسوم على سوم غيره وهو ان يزيد
فى الثمن بعد تقرره لارادة الشراء وقال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم غيره وهذا
اذا رضيا بثمن فاما اذا ساومه بشىء ولم يكن احدهما راضيا الى صاحبه فلا باس للغير ان يساوم
ويشتريه لان هذا بيع من يزيد وكره تلقى الجلب المضر باهل البلد الجلب جمع الجالب او بمعنى
المجلوب فهو اذا قرب من باد تعلق به حق العامة فيكره ان يستقبل البعض ويشتريه ويمنع العامة
عن شرائه لما فيه من تضييق الامر على الحاضر فان كان لا يضر باهل البلد لا باس ان يلتبس السعر
على الواردين واشترى منهم بارخص الثمنين فحينئذ لما فيه من تعمية الاسعار على الواردين
والاضرار بهم وبيع الحاضر للبادى زمان القحط قيل صورته ان الرجل اذا كان له طعام

وعلف واهل المصر فی قحط وهو لا يبيعهما لكن يبيعهما من اهل البادية رغبة فی الثمن
الثانی واهل المصر يتضررون بذلك فيكره لانه اضرار باهل المصر وقيل صورته ان يجیٔ البادی
بالطعام الی مصر فيتوكل الحاضر من البادی ويبيع الطعام ويغالی السعر علی الناس فانه منهی
عنه لانه لو ترك ليباع بنفسه ورخص فی السعر والبيع وقت النداء الی ان يتم الجمعة والعيدين
الاذان بعد الزوال وكره تفريق صغير عن ذی رحم محرم منه بخلاف الكبيرين والزوجين
والاصل فيه ان ملك مملوكين واحدهما صغيرا وكانا صغيرين واحدهما ذو رحم محرم
من الاخر لم يفرق بينهما لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله
تعالی بينه وبين احبته يوم القيمة لان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير والكبير يشفق
علی الصغير ففی التفرق بينهما ايحاش الصغير وعن ابی يوسف رح انه لا يجوز فی قرابة الولادة
ويجوز فی غيرها ولا يكره بيع من يزيد لو رود الاثر فيه ولان حاجة الفقراء ماسة الی هذا
البيع **فصل** الاقالة فی اللغة الرفع وفی الشرع دفع البيع السابق قال ابو حنيفة
الاقالة فسخ فی حق المتعاقدين وفائدة كونها فسخا فی حقهما انها لا تبطل بالشروط
الفاسدة ولو كانت بيعا فی حقهما لبطلت بالشروط الفاسدة كالبيع فتبطل ای
الاقالة بعد ولادة المبيعة لانه لا يمكن جعلها فسخا اذ الزيادة المنفصلة تمنع فسخ
العقد لان الفسخ رفع ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا علی ما كان ثابتا محال وبيع جديد
فی حق الثالث وفائدة ذلك ان المبيع اذا كان عقارا ما يجب فيه الشفعة فی اصل البيع
ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الی ملك البائع وطلب الشفيع الشفعة فی الاقالة فيجب بها
الشفعة لانها بمنزلة البيع فی حق الثالث وهو الشفيع وقال ابو يوسف رح الاقالة بيع جديد
الا ان لا يمكن جعلها بيعا بان كان المبيع منقولا ولم يقبضه المشتری فلا يجوز
بيعه ان تقايلا فی بيع العروض بالعروض بعد هلاك احدهما فيجعل فسخا الا ان لا يمكن
جعلها بيعا ولا فسخا بان باع العروض بالدراهم وتقايلا بعد هلاك العروض او تقايلا فی المنقول

قبل القبض على خلاف الجنس الثمن الاول فيبطل الاقالة لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والاقالة هو الفسخ فالفسخ يكون بالثمن الاول قال محمد رح الاقالة فسخ الا ان تعذر جعلها فسخا فيجعل بيعا الا ان يمكن جعلها فسخا وبيعا فتبطل وصحت بمثل الثمن الاول وان شرط غير جنسه او اكثر منه اي اذا تقايلا على غير جنس الثمن الاول او على اكثر منه فعند ابي حنيفة يجب الثمن الاول لان الاقالة فسخ عنده والفسخ لا يكون الا على الثمن الاول فذلك الشرط فاسد والاقالة لا تفسد به وعندهما في الشرط الزيادة يكون بيعا اذ البيع اصل عند ابي حنيفة رح وعند محمد رح جعلها بيعا ممكن فاذا زاد فقد قصد البيع فيجعل بيعا وكذا في الشرط الاقل عند ابي يوسف رح يكون بيعا لانه اصل عنده وعند محمد فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول واذا قال وسكت عن الكل يكون فسخا فهذا احق وان قال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويلغو ذكر جنس اخر وعندهما يكون بيعا ممكن واما عند ابي يوسف رح واما عند محمد فلجعله بيعا ولذا يجب الثمن الاول عنده اذ تقايلا على الاقل الا اذ تعيب المبيع يجب الاقل والمحطوط بازاء العيب فانه لما حبس عند المشتري بعض المبيع لا يبعد ان يحبس عند البائع بعض الثمن ولم يمنعها هلاك الثمن بل هلاك المبيع لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها دفع العقد فيقتضي قيام البيع وقيامه بالمبيع لا بالثمن لان المبيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن فانه يثبت له حكم الوجود في الذمة بسبب العقد وما يكون وجوده بسبب العقد كان حكم العقد وحكم العقد لا يكون محل العقد لان محل العقد شرط العقد وشرط شيء يسبقه وحكم الشيء يعقبه بينهما منافاة وهلاك بعضه اي المبيع يمنع الاقالة بقدره اعتبارا للبعض بالكل **فصل** في التولية والمرابحة البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهي التي لا يلتفت الى الثمن السابق ومنها بيع الوضيعة وهو بيع باقل من الثمن الاول ومنها المرابحة والتولية وقولنا بحسب

الذي ذكره بمقابلة السلعة يخرج الصرف والتولية في اللغة ان يجعل شخص واليا وفي الشرع ان يشترط في البيع انه بما اشتري من الثمن السابق بلا زيادة ربح والمرابحة ان يشترط في البيع انه اي بما اشتري من الثمن السابق مع فضل اي مع فضل ربح معلوم وشرطهما اشتراءه بمثلي او كالمكيلات والموزونات فان فائدة هذين البيعين ان الغبي محتاج في التجارة الي ان يعتمد على فعل الزكي فيطيب نفسه بمثل ما اشتري به او بزيادة ربح لئلا يغبن وهذا المعنى انما يظهر في ذوات الامثال لان القيمة في ذوات القيم مجهولة تعرف بالظن والحزر فلا يطيب نفس المشتري وله ضم اجرة القصار والحمل ونحوهما كالصبغ والفتل والطراز وسوق الغنم لان عرف التجار جار بالحاق هذه الاشياء براس المال ولا يعدون ذلك خيانة ولكن لا يقول اشتريته بكذا لئلا يكون كاذبا بل يقول قام علي بكذا فان ظهر للمشتري خيانة من البائع في المرابحة فهو بالخيار اخذه بثمنه الذي ذكر الخائن اورده على الخائن وفي التولية حط قدر الخيانة من الثمن وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحط من ثمنه قدر الخيانة فيهما اي في التولية والمرابحة وعند محمد خير فيهما لمحمد انهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن سمياه فيعقد بجميع الثمن وذكر المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فان ظهر الخيانة فات الوصف المرغوب في الثمن فيتخير ولابي يوسف ان الاصل هو لفظ المرابحة والتولية ولهذا ينعقد البيع بقوله وليتك بما اشتريت او بعتك مرابحة على ما اشتريت اذا كان ذلك معلوما وذكر الثمن جاري مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني في حق الثمن على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من راس المال وفي المرابحة منه ومن الربح حتى لو ابتاع ثوبا بعشرة على ربح خمسة وظهر ان البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثني عشر درهما ولابي حنيفة في الفرق بينهما ان التولية بناء على

العقد

حاشية:

كالضراب الضرب وفي بعض من القصر الدق بالكسر فانه مصدر اجرة القصارة غالبا ١٢ في الحرف ونفقة الرقيق والحيوان واجرة كسوتهم بالمعروف بخلاف الطبيب والبيطار والختان والرائض ومعلم القرآن والشعر وغيرها من الاعمال فان ما لا يوجب زيادة في المبيع او قيمته يضم وما لا فلا كما في الفرائد وفيه اشارة الى انه لا يضم البائع الذي اخذ في الطريق الا اذا عرف بين التجار بالضم وكذا اجرة السمسار الا اذا شرطت في العقد والى ان ما عمل بيده من قصارة ونحوها او غيرها لا يضم كما في المحيط و جامع الرموز ١٢

قوله فاذا باع بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر ان البائع اشتراه بثمانية حط درهمان من الاصل ودرهم من الربح واخذه باثني عشر ١٢

قوله فيهما اي بين اخذه بالثمن وبين الرد ولم يحط شيئا فيهما وفي المحيط لو حدث به ما يمنع الفسخ من نحو الهلاك لزم المسمى بلا خيار ولا شيء له في قول الطرفين وعن محمد ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بالثمن

عيني ... فانه يقال اشتريت ... مشتغل ... ١٢

فان اشترى بناء على ... الا ان ... ان كان لم يكن ... نقصان الثمن ... ١٢

قهستاني

هو من الدراهم والدنانير ... اشتريته به ... ١٢

عوض ... البائع بالمرابحة والتولية ١٢ ج

العقد الاول من كل وجه فلو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول
فيصير مرابحة فتغير التصرف ولو لم يحط في المرابحة ويثبت جميع المسمى تبقى مرابحة
الا ان الربح فيها اكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فاذا امكن تقرير المرابحة مع اعتبار
التسمية اعتبرناها واثبتنا الخيار **فصل** الربوا في اللغة الفضل يقال هذا يربوا على هذا
اي يفضل ويسمى المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفي الشرع هو فضل مال
حقيقة او حكما كما في ربوا النسيئة مثل بيع الدراهم بالدراهم متساوية نسيئة خال
عن عوض شرط لاحد المتعاقدين في المعاوضة فلو لم يكن الفضل خاليا عن العوض
لا يكون ربوا كبيع كر بر وكر شعير بكري بر وكري شعير فان للثاني فضلا على الاول لكن
غير خال عن العوض فانه يصرف الجنس الى خلاف الجنس ولو شرط الفضل لغير المتعاقدين لا يكون
ربوا ايضا وكذا لو كان الفضل الخالي عن العوض في غير المعاوضة لا يكون ربوا كالفضل في الهبة وعلته
اي علة حرمة الفضل ووجوب المساوات القدر وهو عبارة عن التساوي في الصورة فيثبت
به المماثلة فيهما اي الكيل في المكيلات والوزن في الموزونات مع الجنس هو عبارة عن
التشاكل في المعاني فيثبت به المماثلة معنى فالمماثلة صورة ومعنى علة حرمة الفضل فالاصل
فيه قوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير
والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا فعندنا اباحة البيع في هذه
الاموال اصل كما في سائر الاموال والفساد بعارض عدم المساواة لوجود الفضل
الخالي عن العوض فالحديث اوجب المساواة وانها بتصور وجوبها في محل يقبلها وذا انما يحصل
بالقدر والجنس وباعتبار كونه قابلا للمساواة يجب المساواة ويحرم الفضل وعند الشافعي
حرمة البيع في هذه الاموال اصل والجنسية شرط والجواز بعارض المساواة والعلة الطعم في
المطعومات والثمنية في الاثمان وعند مالك العلة الاقتيات والادخار وكل شيء نص رسول
الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا مثل البر والشعير والتمر والملح

٥٣ وانما لم يقل في البيع ليتناول الهبة بشرط العوض فان حكمها بعد القبض حكم البيع ١٢ بحر

٥٤ اي علة الفضل وموجبه منه وفيه تسامح والتحقيق علة وجوب التساوي من الجنسين المذكورين للاحتراز عن هذين الفضلين كما في كتب الاصول والفروع فهذا مشير الى علة ربا النساء وربا النقد كما يجيء فلم يكن قرينة لاختصاص التعريف بربا النقد كما ظن ١٢ شرح نقايه

فهو كيلي ابداً وان اعتاد الناس بيعه وزناً وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً
مثل الذهب والفضة فهو وزني ابداً وما لم ينص عليه مثل غيرها اي غير المذكورات
محمول على العرف وعادة الناس فان تعارفوا فيه الكيل فهو مكيل وان تعارفوا فيه الوزن فهو وزني
وان تعارفوا فيه الكيل والوزن فهو مكيل وموزون وعن ابي يوسف ان المعتبر في كل الاشياء هو
العرف وان كان على خلاف المنصوص عليه فعلى هذا لو باع البر بجنسه متساوياً وزناً والذهب بجنسه
متساوياً كيلاً لم يجز عندهما وان تعارفوا ذلك خلافاً له فان وجد الوصفان اي القدر والجنس حرم
الفضل وحرم النسأ ايضاً وان كان مع التساوي كقفيز بر بمثل احدهما او كلاهما
نسيئة وان عدما اي الوصفان اي الفضل والنسأ حلا اي الفضل والنساء لعدم العلة فيجوز
بيع المكيل والموزون بالتفاضل والنسأ وهو ظاهر وان وجد احدهما فقط وعدم الآخر حرم النسأ
فقط مثل ان يسلم ثوباً هروياً في هروي سواء كان الثوبان متساويان في ذرع او احدهما ازيد
فان احد جزئي العلة وهو الجنسية موجود ههنا لا ان الجزء الآخر وهو الكيل والوزن
او يسلم حنطة في شعير سواء كان متساويين في الكيل واحدهما ازيد فان احد جزئي
العلة وهو الكيل موجود ههنا دون الآخر وهو الجنسية ولا يحرم الفضل في الصورتين
كما اذا باع خمسة اذرع من الثوب الهروي بستة اذرع منه يداً بيد فحرمة ربوا
الفضل يتعلق بالوصفين وهذا ظاهر واما حرمة النسأ فباحدهما وذلك لان جزء
العلة وان كان لا يوجب الحكم لكنه يورث الشبهة نظراً الى انه دال الربوا من وجه
اما ذاتاً بالقدر واما معنى في الجنسية والنقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة الربوا والشبهة
في الربوا ملحقة بالحقيقة فان قيل ينبغي ان يثبت حرمة الفضل باحد الوصفين كما يثبت
حرمة النسأ ولا يجوز بيع قفيز من حنطة بقفيزي شعير يداً بيد قلنا حرمة الربوا النسأ
لان حقيقة الفضل قوي من شبهه واحد الوصفين جزء العلة وله شبهة العلة
ويمكن ان يثبت بشبهة العلة شبهة المعلول كما يثبت بحقيقة العلة حقيقة

المعلول ولكن لا يمكن ان يثبت بشبهة العلة ما هو اقوى وهو حقيقة المعلول
وقال الشافعي رح الجنس بانفراده لا يحرم النسأ ولا يجوز بيع الكيلي كالحنطة بمثله الا
متساويا كيلا فلا يجوز بيع الحنطة بالحنطة متساويا وزنا وكذا لا يجوز بيع الوزني
بمثله الا متساويا وزنا فلم يجز بيع الذهب بمثله متساويا كيلا لان الحنطة مكيلة
فشرط جوازه المساواة كيلا والذهب موزون فشرط جوازه المساواة وزنا وبالعكس
لا يعرف المساواة فيما هو المعيار شرعا فلم يجز كما لو باع مجازفة والجيد مما يجري
مما يجري فيه الربوا والردي منه سواء حتى لا يصح بيع الجيد بالردي الا
مثلا بمثل فلو باع قفيزا من حنطة جيدة بقفيزين رديين لا يجوز لان
وصف الجودة غير معتبر شرعا وجاز بيع حفنة وهو ملاء الكف بحفنتين
وكذا جاز بيع التفاحة بالتفاحتين لعدم القدر لانه يعرف بالمعيار ولم يوجد
فلم يتحقق الفضل المحرم اذ المراد به الفضل على القدر عند الشافعي رح لا يجوز
بيع المطعومات حفنة بحفنتين واذا كان كل واحد من البدلين لا يدخل تحت
نصف صاع فهو في حكم الحفنة اذ لا تقدير في الشرع لما دونه فان في نصف الصاع
لورود التقدير به فشرع في صدقة الفطر وغيرهما فادنى ما فيه الربوا من المكيلات
نصف صاع وذا صنوان واما اذا كان احد البدلين يبلغ حد نصف صاع او اكثر
فبيع احدهما بالاخر لا يجوز حتى لو باع حفنة بنصف صاع لا يجوز وجاز بيع
فلس بفلسين باعيانهما اي يكون كل واحد من البدلين معينا ولا يكون احدهما
بنسيئة وقال محمد رح لا يجوز كما لو باع الدرهم بالدرهمين لان الفلوس الرائجة ثمن
كالدراهم ولهما انه باع عينا عدديا بعينين عدديين فيجوز كالجوزة بالجوزتين وثمنية
الدراهم بالخلقة واما ثمنية الفلوس فبالاصطلاح وقد ابطل العاقدان ثمنيتها قصدا لتصحيح العقد
فان قيل ان خرج في حقهما من ان يكون ثمنا فيعود وزنيا فكان هذا بيع صفر قطعة بقطعتين صفرين وهو ... فلم يكن

في ابطال وصف الثمنية تصحيح العقد قلنا الاصطلاح في الفلوس على صفة الثمنية والعددية جميعا
والعاقدان اعرضا عن اعتبار صفة والثمنية وما اعرضا عن اعتبار صفة العددية فيما اتفقا
على بقائها عددية تصحيحا للعقد بينهما ولو لم يتعينا بان كان بغير اعيانهما فكان احدهما غير معين
لا يجوز البيع وجاز بيع اللحم بالحيوان لانه بيع موزون بغير موزون فيجوز كيف ما كان وقال
محمد والشافعي رح اذا باعه بلحم من جنسه بان باع شاة بلحم شاة لا يجوز الا ان يكون اللحم المفرز
اكثر من اللحم الذي في شاة قياسا ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بازاء السقط والدقيق
بجنسه متساويا كيلا لوجود الشرط وهو المساواة وتوهم التفاوت هدر كما في البر بالبر وفيه
خلاف الشافعي رح والرطب بالرطب وبالتمر متساويا خلافا لابي يوسف ومحمد والشافعي رح فعندهم
لا يجوز لانه ينقص الرطب بالجفاف والعنب بالزبيب متساويا وهو كبيع الرطب بالتمر على الخلاف
وقيل لا يصح اتفاقا وجاز بيع البر رطبا او مبلولا بمثله او باليابس متساويا والتمر المنقع بالمنقع
والزبيب المنقع بالمنقع منهما اي من التمر والزبيب متساويا متعلق بجميع ما سبق وعند محمد
لا يجوز في جميع ذلك وجاز بيع لحم حيوان كلحم الضان بلحم حيوان آخر كلحم البقر متفاضلا
لعدم اتحاد الجنس وكذا جاز بيع اللبن الحيوان بلبن حيوان آخر متفاضلا كلبن الغنم بلبن
البقر لاختلاف الاصول واللحوم والالبان في احد قولي الشافعي جنس واحد وكذا بيع خل الدقل
هو نوع من ردي التمر يتخذ منه الخل غالبا بخل العنب متفاضلا لاختلاف في اصليهما وكذا شحم
البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد والخبز بالبر والدقيق متفاضلا لان الخبز
عددي او وزني والبر والدقيق كيلي فلم يجمعهما القدر من كل وجه وعن ابي حنيفة انه لا خير فيه والفتوى
على الاول وهذا اذا كانا نقدين وان كان احدهما نسيئة فان كان البر نسيئة جاز بالاتفاق وان كان
الخبز نسيئة جاز عند ابي يوسف خلافا لهما وعليه الفتوى ولا يجوز بيع البر بالدقيق او بالسويق متفاضلا
او متساويا لشبهة الربا لان احدهما بر والآخر جزء البر والمعيار فيهما الكيل وهو غير مسو بينهما
لاكتناز الدقيق وتخلخل البر فلذلك لم يجز البيع اصلا لشبهة الفضل وبيع الدقيق بالسويق عند ابي حنيفة

منفاضلا ومتساويا لبقاء المجانسة من وجه اذ السويق اجزاء حنطة مقلية
والدقيق اجزاء حنطة غير مقلية وبيع حنطة مقلية بغير مقلية لا يجوز بحال لان الكيل غير
مسو بينهما لتخلخل المقلية وكذا بيع الدقيق بالسويق وعندهما يجوز متفاضلا ومتساويا لانهما
جنسان ولا بيع السمسم بالخل الا ان يكون الخل اكثر مما في السمسم وهذا على اربعة اوجه
ان علم ان الخل الذي في السمسم اكثر من الخل المنفصل لا يجوز لتحقق الفضل الخالي عن العوض
من حيث زيادة الدهن والشجير وكذا ان علم انه مثله يكون فضلا خاليا عن العوض وان كان
المنفصل اكثر جاز والفضل بالثفل وهذه الثلثة بالاجماع وان لم يعلم انه مثله او اكثر منه
او اقل جاز عند زفر وعندنا لا يجوز بشبهة الفضل ويستقرض الخبز وزنا لا عددا عند ابي يوسف
وعليه الفتوى لانه موزون فيعلم بالوزن لا بالعدد لتفاوت احاده فلذا فلا يتحقق
التساوي وعند ابي حنيفة لا يصح وزنا ولا عددا لانه دون وزن فهو متفاوت بالخبز و
الخباز والتنور والتقديم والتاخير اي اول التنور واخره وعند محمد يصح بهما للتعامل
والقياس يترك بالتعامل كالاستصناع ولا ربوا بين السيد وعبده فيصح بيع درهم
بدرهمين لان العبد وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان العبد ماذونا
غير مديون فان كان مديونا لا يصح ولا بين مسلم وحربي في داره
في دار الحرب لقوله عليه السلام لا ربوا بين مسلم وحربي في دار
الحرب وفيه خلاف الشافعي رح **فصل** لا يجوز بيع مشتري منقول قبل قبضه
اي لو اشترى شيئا مما ينقل ويحول لا يجوز بيعه قبل قبضه طعاما كان المنقول او غيره
لانه يحتمل ان يكون يهلك المبيع قبل القبض وعاد الى قديم ملك البائع فينفسخ العقد
الاول فيكون المشتري بائعا ملك غيره ومتى قبضه تم البيع فيكون بائعا ملك نفسه
وقال مالك رح يجوز بيع المشتري قبل القبض في غير الطعام واما بيع العقار قبل القبض فيجوز
عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الهلاك في العقار نادر وقال محمد رح لا يجوز قياسا على المنقول

وصح التصرف في الثمن قبل قبضه اي قبل قبضه مثل ان ياخذ البائع من المشتري عوض الثمن
ثوبا او اشترائه به لانه ليس فيه احتمال انفساخ العقد بالهلاك لانه دين ثابت في الذمة ولا
يتعين بالتعيين وصح للبائع الحط عنه اي عن الثمن سواء بقي المبيع اولا وصح للمشتري
المزيد للبائع فيه اي في الثمن ان بقي المبيع ان هلك المبيع لم يصح الزيادة في الثمن فقط وان بقي
المبيع يتعلق بالمزيد وصح للبائع المزيد في المبيع لاجل المشتري وينبغي ان يصح للمشتري
ان يحط من المبيع للبائع ولم يذكر في المتن والاصل ان الزيادة والحط يلحقان باصل
العقد فيصير كان العقد ورد على هذا القدر حتى كان للبائع حبس المبيع الى ان يستوفي
اصل الثمن والزيادة ولذا لو في المشتري الثمن استحق مع الزيادة وليس للبائع ان يمنع
يمنع من تسليم الزيادة وعند زفر والشافعي رح لا يصح الزيادة والحط على اعتبار الالحاق
باصل العقد بل على اعتبار ابتداء الهبة لكن في الزيادة على الثمن والحط عنه
الشفيع ياخذ بالاقل من الثمن اما في الزيادة في الثمن فلان حق الشفيع تعلق
بالثمن الاول فلا يملك الغير ابطال حقه الثابت واما في الحط فلانه الحق باصل
العقد وينبغي للشفيع اذا زيد في المبيع وحط عنه ان ياخذ الجميع ولم يفهم من المتن
وصح تاجيل كل دين حال حتى لو بيع شيئا بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار
مؤجلا لان الحلول حقه فله اسقاطه بتاجيل تيسيرا على من عليه الدين ولو اجله الى
اجل فان كان الجهالة فاحشة كهبوب الريح ولو كانت مقاربة كالحصاد والدياس يصح الا
القرض فان تاجيل القرض لا يصح حتى لو اجله عند الاقراض مدة معلومة او بعد الاقراض
يثبت الاجل وله ان يطالبه في الحال وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله فلانا الف
درهم الى سنة حيث يلزم من ثلث ماله ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لان وصيته
للموصي وقال مالك رح التاجيل في القرض لازم ويدخل البناء والمفتاح للغلق والعلو والكنيف
وهو المستراح في بيع الدار ولم يذكر الاصل ان العرصة في الدار وانما دخل البناء

وما كان متصلا بالبناء بطريق التبعية لاتصال البناء بالعرصة ولهذا يدخل العلو بلا ذكر
لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل قياسا لانه غير متصل بالبناء وفي الاستحسان يدخل تبعية
العلو لغلق القفل ومفتاحه لا يدخلان والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب ولا
يدخل الظلة هي كل ما اظلك من بناء او جبل او سحاب وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون
بها السابات الذي يكون على ظهر الطريق اي الذي يكون احد طرفي جذوعه على حائط الدار
المبيعة والطرف الآخر على حائط الجار المقابل او على الاساطين المنصوبة بحذاء الدار وذكر في المغرب
ظلة السدة التي فوق الباب الا بذكر كل حق لها او بمرافقها او بكل قليل وكثير هو فيها او منها
فلا يدخل الظلة في بيع الدار الا بذكر احد هذه الالفاظ عند ابي حنيفة وعندهما يدخل بلا ذكره
ان كان مفتحها في الدار ويدخل الشجر وان لم يسمها لا الزرع الا بالتسمية في بيع الارض لان
الزرع مودع في الارض لا للقرار كالمتاع الذي فيها بخلاف الشجر فان اتصالها بالارض
للقرار كالبناء وذكر القدوري والاسبيجابي ان الزرع انما لا يدخل في بيع الارض بلا ذكر
اذا لم ينبت بعد او نبت وصار له قيمة بعد اما اذا نبتت ولم يصر له قيمة بعد قيل يدخل وقيل
لا يدخل هنا ايضا وكذا لا يدخل الثمر في بيع الشجر الا بشرط ولا العلو في بيع بيت الا بشرطه
متعلق بقوله لا الزرع الى اخره ولا يدخل العلو في بيع منزل الا بذكر ما ذكر اي كل
حق هو له والحاصل ان العلو يدخل في الدار وان لم يذكر بكل حق ويدخل في بيع منزل
ان ذكر ولا يدخل في بيع البيت وان ذكر بكل حق لان البيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل
اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل
وصحن غير مسقف فكانت الدار اعم من اختيها لاشتمالها عليهما فاستتبعت العلو على تقدير
ذكر الحقوق وعدمه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله بلا تفاوت والشيء لا يستتبع مثله
والمنزل دون الدار وفوق البيت فله منزلة بين المنزلتين فيوفر على الشبهين حظهما فيدخل العلو
فيه تبعا قالوا هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل

العلو فی الکل سواء باع باسم البیت او المنزل او الدار لان کل مسکن یسمی خانہ سوٓ کان
صغیرا او کبیرا الا دار السلطان فانہ یسمی سرای هکذا قالوا وهو لا یوافق عرفنا الان
کالطریق والشرب والمسیل فانها لا یدخل فی البیع الا بذکر ما ذکر لان هذه الاشیاء وان
کانت تابعة للمبیع من حیث انه لا یقصد عینها وانما یقصد بها الانتفاع بالمبیع الا
انها اصل بنفسها من انه یتصور قیامها بدون المبیع فکانت تابعة للمبیع من وجه دون
وجه فلا یدخل الا بذکر الحقوق والمرافق وتدخل هذه الاشیاء فی الاجارة بلا ذکر ما ذکر
لان الاجارة شرعت للانتفاع ولا یتحقق الانتفاع الا بهذه الاشیاء ولا کذلک فی البیع
لانه لم یشرع للانتفاع فان الانسان کما یشتری شیئا ینتفع به فقد یشتریه لبیعه
ومن اشتری جاریة فولدت عنده لا باستیلاد کما یوخذ الولد ان استحقت امه
ببینة فان اقر بها ای بالام لا ای لا یوخذ الولد والفرق ان البینة حجة مطلقة فیثبت
بها الملک من الاصل ولهذا یرجع المشتری علی البائع بالثمن عند الاستحقاق
بالبینة والولد کان متصلا بها یومئذ فیثبت الاستحقاق فیهما والاقرار حجة قاصرة
فیثبت بها الملک فی المخبر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد انفصال
الولد فلا یظهر الاستحقاق فی حق الولد ولهذا لا یرجع المشتری علی البائع
عند الاستحقاق بالاقرار ولمالک باع غیره ای الفضولی ملکه بلا اذنه فسخه ای
فسخ العقد البیع ان شاء مطلقا سواء بقی العاقدان والمبیع اولا وله ای للمالک اجازته
لا مطلقا بل ان بقی العاقدان والمبیع وکذا اشترط بقاء الثمن لو کان عرضا فکل عقد صدر عن الفضولی
وله مجیز حال وقوعه انعقد موقوفا علی الاجازة عندنا وعند الشافعی رح تصرفات الفضولی باطلة
ولا یتوقف علی اجازة وهو ای الثمن ملک للمجیز ای ان اجاز المالک البیع فالثمن ملکه وامانة عند بائعه ای الفضولی
فلو هلک لا شیء علیه وله ای للبائع فسخه ای فسخ البیع قبل الاجازة دفعا للضرر عن نفسه
فان حقوق العقد یرجع الیه بخلاف الفضولی فی النکاح حیث یکون له الفسخ قبل الاجازة

لان الحقوق ثمة لا ترجع اليه لانه سفير ومعبر ومن غصب عبدا وباعه واعتقه المشتري جاز اعتاق المشتري من الغاصب ان اجيز بيع الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر رح وهو رواية عن ابي يوسف لا يجوز الاعتاق لانه لا عتق بدون الملك اذ البيع موقوف والموقوف لا يفيد الملك ولهما ان الملك ثبت موقوفا فيتوقف الاعتاق بتوقف الملك وينفذ بنفاذه لان الاعتاق من حق الملك والشيء اذا نفذ نفذ بحقوقه ولا يجوز بيعه اي بيع المشتري من الغاصب ان اجيز بيع الغاصب لان بالاجازة يثبت الملك للبائع وهو المشتري الاول ملك بات فان طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله

فصل

في بيع السلم هو بمعنى السلف سمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان اوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون عادة فيما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلا على وقته فيسمى سلما وسلفا ويصح السلم فيما يضبط ويعلم قدره ووصفه لان المسلم فيه دين وهو يعرف بالوصف فاذا كان امكن ضبط صفته ومعرفة قدره يصح السلم فيه وذلك كالمكيل والموزون حال كونه مثمنا بخلاف الدراهم والدنانير لانهما اثمان فلا يصح فيهما والمذروع كالثوب والبساط والحصير مبينا طوله وعرضه ورقعته اي غلاظته ورقته لان مقدار المالية يصير معلوما بذكر هذه الاشياء والتفاوت اليسير بعدها ليس بمعتبر والمعدود متقاربا كالجوز والبيض لان المتقارب وهو ما لا يتفاوت احاده في القيمة معلوما مضبوط الوصف مقدور التسليم فيصح فيه السلم عددا والصغير والكبير فيه سواء لان هذه التفاوت ساقطة الاعتبار بخلاف البطيخ والرمان المتفاوت احادها تفاوتا فاحشا وكما يصح السلم فيه عددا يصح كيلا لانه يعلم بالكيل وقال زفر لا يصح كيلا فيصح في السمك المليح اي القديد الذي فيه ملح وزنا وجنسا معلومين لكونه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم لانه غير منقطع بخلاف السمك الطري فلا يصح فيه السلم في غير حينه لانه منقطع عن ايدي الناس خصوصا في الشتاء لانجماد الماء

حتى لو كان فى بلد لا ينقطع يصح مطلقا لا فى الحيوان للتفاوت الفاحش فيه وقال الشافعى رح
يصح ان بين جنسه ونوعه وصفته ولا فى اطرافه كالرؤس والاكارع لانها عددية متفاوتة
فالتفاوت بين الراس والراس وكارع وكارع معتبر فيما بين الناس ولو اسلم فيه وزنا اختلفوا فيه ولا
فى جلوده عددا للتفاوت الا ان بين الطول والعرض والصفة ولا وجه للقول بعدم
الصحة فى الجلود لانه لما صح فيها اذا بين الطول والعرض والصفة يكون مثل الثياب
ويصح السلم فيها بالشرائط فكذا الجلود وقال مالك رح يصح السلم فى رؤس الحيوان
وجلوده عددا ولا فى الجواهر لانها عددية متفاوتة وفى الصغار التى يباع وزنا يصح
السلم فيه لانها يعلم بالوزن ولا بصاع وذراع معينين لم يدر قدره اى قدر كل
واحد منهما لا يتاخر فى التسليم فربما يضيع الصاع والذراع قبله فيفضى الى المنازعة ولا
بد ان يكون المكيل مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة ونحوها فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل و
الجراب لا يصح لتمكن المنازعة فيه الا فى قرب الماء استحسانا للتعامل فيه وكذا عن ابى يوسف وشرطه
سبعة بيان جنسه كبر وشعير وبيان نوعه كسقية وبخسية حنطة سقية اى يسقى سيحا
فعيل بمعنى المفعول وبخسية ينسب الى البخس وهى الارض التى يسقيها السماء لانها منحو الحظ من الماء
وبيان صفته كجيد وردى ووسط وبيان قدره نحو كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا وبيان
اجله فلا يصح السلم الا مؤجلا وقال الشافعى رح يصح حالا ومؤجلا واقله اى اقل اجله شهر فى الاصح وعليه الفتوى
وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم وبيان قدر راس المال وان كان مشارا اليه فيما يتعلق
العقد على مقداره كما فى الكيلى والوزنى والعددى وقال ابو يوسف ومحمد لا يشترط معرفة القدر
بعد التعيين بالاشارة حتى لو قال لغيره اسلمت هذه الدراهم فى كر بر ولم يبين وزن الدراهم
او قال اسلمت اليك هذا البر فى كذا منا من الزعفران ولم يدر قدر البر لم يجز عنده وعندهما
يجوز واجمعوا على ان راس المال ان كان ثوبا او حيوانا يصير معلوما بالاشارة فلا يجب بيان وبيان
مكان ايفاء مسلم فيه لحمله مؤنة كالبر ونحوه وقالا ليس بشرط وكذا ان شرطاه صح وان لم يشترطا يتعين مكان

العقد للسلم واما ما ليس لحمله مؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج الى بيان الايفاء عندهم ويوفيه في اى موضع شاء هو الاصح وفي رواية يوفيه في مكان العقد ولو عينا مكانا قيل لا يتعين وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق عن رب السلم ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكفي به لان المصر مع تباعد اطرافه كمكان واحد في هذا الحكم وقبض راس المال سواء كان مما لا يتعين كالنقود او يتعين كالعروض قبل الافتراق بالابدان شرط بقائه اى بقاء عقد السلم على صحة وقال مالك رح ترك قبض راس المال يوما او يومين جائز وقد جمعوا جملة الشروط في قولهم اعلام قدر راس المال في المكيل والموزون والمعدود والتعجيل واعلام المسلم فيه جنسا ونوعا وقدرا وصفة والتاجيل وبيان مكان الايفاء فيما له حمل والقدرة على التحصيل وفي هذا قيل بالفارسي بيت صحت عقد سلم را شرطها شد بی خلل * علم وجنس نوع وقدر ووصف شد نیز اجل * موضع ایفاء راس المال هم باید تعین * لیک نزدیک امام المتقین صدر الاجل * فلو كان راس المال بعضه دينا على المسلم اليه وبعضه عينا بطل العقد في حصة الدين يعني لو سلم مائتي درهم في كر بر مائة دينا على المسلم اليه برب السلم ومائة نقد ا بطل في حصة الدين لانه دين بدين والنبي عليه السلام نهى عن بيع الكالي بالكالي وصح في حصة نقد لوجود قبض بعض راس المال في المجلس ولا يشيع الفساد كما قال زفر رح لان الفساد طار اذ السلم صح لان قبض راس المال شرط بقاء السلم على صحة لا شرط انعقاده صحيحا والفساد الطارئ لا يشيع ولا يجوز التصرف بالشركة والتولية وغيرهما في راس المال والمسلم فيه قبل القبض صورة الشركة ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف راس المال حتى تكون شريكا في المسلم فيه وصورة التولية ان يقول اعطني مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه لك ومثل هذا التصرف بيع بعض المبيع قبل القبض او بيع كله والاستصناع ان يقول للخفاف اخرز لي خفا من اديمك يوافق رجلي ويراه رجله بكذا او يقول للصائغ اصنع لي خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته بكذا فان كان باجل فهو سلم سواء تعاملوا فيه كالخف ونحوه او لا كالثوب ونحوه فيشترط قبض راس المال استقصاء الوصف

اى الاستصناع كما في الصفر والنحاس والزجاج او العيدان والاسلحة والخفاف

ولايكون له خيار الرؤية كما في مطلق السلم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما انه كالاستصناع
باجل فيه التعامل فهو ليس بسلم واما اذا لم يكن فيه تعامل فهو سلم عندهما والحاصل ان
المبيع لما كان دينا امكن تصحيحه وسلما واستصناعا لكنهما رجحا الاستصناع عملا
للفظ في حقيقته وحملا للتاجيل في المدة بخلاف مالا تعامل فيه لانه لايمكن تصحيحه
استصناعا فيحمل على السلم ضرورة وهو راجح السلم لان جوازه بالكتاب والسنة
المستفيضة واجماع الامة وجواز الاستصناع بالتعامل فيه شبهة لانه عند زفر
والشافعي لايجوز والاستصناع بلا ذكر اجل فيما يتعامل فيه بيع ولايجوز فيما لا يتعامل
فيه لعدم المجوز بالقياس ثم ذكر فروع قوله بيع فيجبر الصانع على العمل ولا خيار له وعن
ابي حنيفة ان له الخيار ولا يرجع الآمر عن امره وعند من يقول الاستصناع وعد يصح
رجوع الآمر كما يصح للصانع الامتناع عن العمل والمبيع هو العين لا عمله وقال
ابو سعيد البردعي رحمه الله المعقود عليه هو العمل وانما ينعقد بيعا عند التسليم
والصحيح ان المعقود عليه العين فلو جاء هذا تفريع على ان المبيع العين بما صنعه
غيره اي غير الصانع او هو قبل العقد فاخذه المستصنع صح ولا يتعين المصنوع له
اي للآمر بلا اختياره وعن ابي يوسف رح ان المصنوع يتعين للآمر بلا اختياره لان
في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع بما لا يرغب غيره في شرائه بتلك الصفة
فيصح بيعه للصانع المصنوع قبل رؤية الآمر لان العقد يتعين فيه قبل اختياره
واذا احضره ورآه المستصنع فهو بالخيار ان شاء اخذ وان شاء ترك لانه اشترى مالم يره

مسائل شتى صح بيع الكلب والفهد والسباع كالذئب والاسد علمت او لا لانها
اموال متقومة وهذا عندنا وعند ابي يوسف لا يصح بيع الكلب العقور وعند الشافعي
لا يصح بيع الكلب مطلقا وذكر شمس الائمة السرخسي ان الكلب ان كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه
والا فلا وهو الصحيح من مذهبنا وانما لا يجوز بيع العقور الذي لا يقبل التعليم وان قبل يجوز

وهكذا في الاسد ان كان بحال يقبل التعليم ويصاد به يجوز بيعه واما القرد
فقد اختلفت الروايات فيه وعن ابي حنيفة رح بيع الفيل جائز والهرة يجوز بيعها والذمي في
البيع كالمسلم لقوله عليه السلام اذا بذل الجزية فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لانه مكلف
محتاج كالمسلم فاستويا في مباشرة العقود التي هي وسيلة الى اقامة التكاليف الا في الخمر
والخنزير خاصة فهما عندهم كالخل والشاة في عقدنا حتى يكون الخمر من ذوات الامثال
والخنزير من ذوات القيم ودرهم نثر فوقع في ثوب فهو له ان اعده اي الثوب له اي
للدرهم او كفه اي كف الثوب بعد ما وقع الدرهم فيه والا اي وان لم يعد الثوب او لا يكفه
فلا اخذه واعتبر به اي بالدرهم المنثور سائر المباحات كما افرخ طير او باض او تكنس
ظبي في ارض رجل فهو لرب الارض ان اعد ارضه للاصطياد لانه صار اخذا
له حكما فيعتبر بما لو اخذه حقيقة وان لم يعد ارضه للاصطياد فهو للاخذ لانه مباح سبقت يده
اليه وكذا اذا نصب شبكة للجفاف فتعلق بها صيد فهو للاخذ وان لم نصبها للصيد

فصل

الصرف هو بيع بعض الثمن بالثمن اي بيع الذهب او الفضة بالذهب او الفضة جنسا بجنس وبغير
جنس سمي هذا البيع صرفا لانه يحتاج الى نقل بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة والاموال انواع نوع
ثمن بكل حال كالنقدين وصحبه الباء او لا قوبل بجنسها او بغيرها ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب
والمماليك ونوع ثمن من وجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان متعينا في العقد كان مبيعا وان
لم يكن متعينا وصحبه الباء وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الاصل
فان كان رائجا كان ثمنا كالفلوس وان كان كاسدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما
يكون دينا في الذمة والنقود لا يستحق بالعقد الا دينا في الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض
لا يستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون يستحق عينا بالعقد تارة و
دينا اخرى فكان ثمنا في حال ومبيعا في حال ومن حكم الثمن انه لا يشترط وجوده في ملك العاقد وكذا لا يبطل العقد
بفوت تسليمه وان بيع بجنسه او بغير جنسه يكون شرطه التقابض في العوضين قبل الافتراق

كما هو المتبادر واليه ذهب بعض المشايخ اذ الموجود في مجلس العقد كالموجود وقت العقد وسيأتي اشارة الى ما قال بعض المشايخ من ان شرط التقابض على الى كل منهما اشارة محمد في الكتاب كما في الذخيرة نقاية

عه وتخصيص الخمر اشعار بجواز بيع سائر الاشربة المحرمة لذا وجب الضمان على المستهلك عنده ولم يجب عندهما ١٢ ج

فان افترقا قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد وان وقع القبض في البعض كما اذا باع
وقبض بعض ثمنها ثم افترقا صح البيع فيه اي في البعض المقبوض وبطل فيما لم يقبض كما في بيع اناء
الفضة وقبض بعض ثمنه ثم افترقا بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وصار الاناء مشتركا بينهما
لانه صرف كله وقد وجد التقابض في البعض دون البعض فيصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد
شرطه والفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض بعض فلا يتعدى الى ما بقي وكذا صح
البيع في كل السيف المحلى اي لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ونقد من الثمن خمسين
صح البيع في السيف والحلية جميعا ان خلصت الحلية عن السيف بلا ضرر اما صحة البيع في الحلية فلانه
باع فقد قصد الصحة ولا صحة الا بان يصرف القبض اي قبض الخمسين الى ثمنها اي ثمن الحلية فيحمل عليه تحريا للصحة
واما في السيف فلانه امكن افراده بالبيع لانه يتخلص حليته بلا ضرر فكان الخمسين التي لم ينقد ثمن السيف
وان لم يبين وسكتا هذا الذي ذكرنا من تحري صحة البيع وان لم يقبض شيء من الثمن بطل البيع
البيع فيهما اي في الحلية لان البيع فيها صرف وقد فات شرطه وصح في السيف لما ذكرنا انه لما كان تخلص
الحلية بلا ضرر امكن افراده بالبيع وهذا اذا كان الثمن ازيد مما فيه من الحلية فان كان
مثله او اقل لم يصح البيع للربوا وكذا اذا لم يدر لاحتمال الربوا خلافا لزفر وان لم يتخلص الحلية
من السيف بلا ضرر وافترقا بلا قبض بطل البيع اصلا اي في الحلية والسيف اما في الحلية
فلعدم قبض الثمن واما في السيف فلانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فصار كبيع الجذع في السقف

كتاب الشفعة

هي في الاصل اسم للملك المشفوع بملك من قولهم كان وترا
فشفعته باخرى ونظيرها الاكلة واللقمة في ان كلا منها فعلة بمعنى مفعول والشفع
هو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتري الى ملك الشفيع وفي عرف الفقهاء تمليك
العقار على مشتريه جبرا بمثل ثمنه وسببها الاتصال وشرطها معاوضة مال بمال
ويثبت بقدر رؤس الشفعاء لا بقدر انصباء الملك وقال الشافعي رح الشفعة على
مقادير انصباء الملك لانها من حقوق الملك ولنا انها شرعت لدفع الضرر والكل في الاتصال

لدفع الضرر سواء وبيانه دار بين ثلاثة لاحد نصفها ولاخر ثلثها ولاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه فطلب اخران الشفعة يقضي بينهما نصفان عندنا بقدر رؤسهما وقال الشافعي اثلاثا بقدر ملكهما للخليط اي الشريك في نفس البيع وليس للشريك في الشرب والطريق والجار شفعة مع الخليط في الرقبة ثم ان سلم الخليط في نفس البيع تثبت الشفعة للخليط في حق المبيع عند ابي يوسف مع وجود الشريك لاشفعة لغيره سلم اولا كالشرب وهو بكسر الشين النصيب من الماء وفي الشريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزرع او الدواب والطريق لخاصين كشرب نهر لا يجري فيه السفن قيل المراد به اصغر السفن وما يجري فيه السفن فشرب عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقي منه قراحان او ثلثة او بستانان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام القراح من الارض كل قطعة على حيالها وعامة المشائخ على ان الشركاء على النهر اذا كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير لكنهم اختلفوا بعد هذا في حد ما لا يحصى وما يحصى بعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بمائة وبعضهم باربعين وبعض مشائخنا قالوا الاصح ما قيل به انه مفوض الى كل مجتهد في زمانه ان راهم كثيرا كانوا كثيرا وان راهم قليلا كانوا قليلا وقيل الخاص ما يتفرق ماؤه الشركاء فلا يبقى اذا انتهى الى الاخر ولا يكون له منفذ والعام بخلافه وطريق لا ينفذ ثم يثبت لجار ملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى صورته منزل مشترك بين اثنين في دار القوم في سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء في الدار احق بالشفعة من الشركاء في السكة فان سلموا فاهل السكة احق فان سلموا فالجار الملاصق احق ويطلبها اي الشفيع بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كطلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها في مجلس علمه بالبيع هذا اختيار الكرخي واصح الروايتين عن محمد رح وعند عامة المشائخ كما علم من غير توقف حتى لو بلغه خبر البيع ولم يطلب و اخر ساعة بطلت شفعته وهو رواية

عن محمد وقال ابن ابي ليلى ان طلب الى ثلثة ايام فله الشفعة وقال سفيان الثوري
له مهلة يوم وقال شريك هو على شفعته مالم يبطلها صريحا او دلالة بمنزلة سائر الحقوق
المستحقة وذكر في المبسوط اذا علم بالبيع وهو بحضر من المشتري فالاحوط ان يطلبها
وكذلك ان كان بحضر من الشهود ينبغي له ان يشهدهم على الطلب وكذلك ان لم يكن بحضرته
احد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخالفة
الجحود فينبغي له ان يطلب حتى اذا حلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها كما سمع
وهو طلب مواثبة لقوله عليه الصلوة والسلام الشفعة لمن واثبها ثم يشهد على طلبه
وهو طلب التقرير والاشهاد لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على
المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعده الى طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع
الشراء بحضرة البائع والمشتري او الدار وطلب المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم
ذلك مقام الطلبين عند العقار لتعلق الحق به او عند ذي يد اي صاحب يد العقار من
بائع اي اذا كان المبيع في يده او مشتر ان قبضه لان الملك له فاذا فعل ذلك استقرت شفعته
ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن حتى لو لم يطلب بعد ما تمكن من الطلب الثاني عند الدار والبائع
او المشتري بطلت شفعته وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها
وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده فان اخر احدهما اي احد الطلبين بطلت شفعته كما ذكرنا ثم يطلب عند القاضي وهو طلب
الخصومة والتملك وبتاخيره شهرا اي بتاخير هذا الطلب بغير عذر كالمرض ونحوه شهرا تبطل
الشفعة عند محمد وهو قول زفر لانه لو لم يسقط حقه بتاخير الخصومة يتضرر المشتري فانه
تعذر عليه التصرف لمخافة ان ينقض الشفيع تصرفه وقدر بشهر لانه في حكم الاجل وما دونه عاجل
وبه يفتى وعند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف لا يسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب وهو
ظاهر الرواية وذكر في الهداية والكافي الفتوى على ابي حنيفة رحمهما الله لكن

ماذكره المصنف اختيار شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه ومثله في فتاوى قاضيخان
والخلاصة وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة اختيارا في قدر مجلس من مجالس القضاء تبطل الشفعة
فاذا تقدم الشفيع الى القاضي وادعى الشراء وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضي
ان فلانا اشترى دارا ويبين مصرها ومحلتها وحدودها وانا شفيعها بداري فمره بتسليمها
الي وبعد ذلك سأل القاضي الخصم عن مالكية الدار المشفعة بها فان اقر بملك ما يشفع به
او انكر واستحلف ونكل عن الحلف على العلم بانه مالكه وانما يحلف على العلم لانه حلف
على ما في يد غيره هذا قول ابي يوسف وعند محمد يحلف على البتات او برهن الشفيع
على ان الدار التي يشفع بها ملكه ثم يسأله القاضي عن الشراء هل اشترى ام لا فان اقر
به اي بالشراء او انكر واستحلف ونكل عن الحلف بالله ما اشتريت هذه الدار
او بالله ما استحق في هذه الدار بشفعة وانما يحلف على البتات لانه حلف على فعل
نفسه او برهن الشفيع على الشراء قضى له بها اي بالشفعة فلزمه حينئذ احضار
الثمن وهذا ظاهر الرواية لاصل وعن محمد لا يقضي القاضي حتى يحضر الشفيع الثمن
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة واذا قضى بالشفعة قبل احضار الثمن فللخصم
ان يحبس الدار له اي لقبض الثمن لانهما انزلا منزلة البائع والمشتري
وللشفيع ان يخاصم البائع اذا كان المبيع في يده لان البائع يصير مستحقا عليه
يدا فكانت الخصومة ثابتة قبله كالمالك لكنه لا يسمع القاضي البينة على البائع
في يده المبيع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بحضوره لان الملك للمشتري واليد للبائع
والشفيع يريد استحقاقهما جميعا والقاضي يقضي بهما للشفيع فيشترط
حضورهما بخلاف ما اذا كان المبيع في يد المشتري حيث لا يشترط حضور
البائع لان حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشتري فصار
كاجنبي آخر ويقضي بالشفعة والعهدة على البائع فيجب عليه تسليم المبيع وعند

بالجر مع جواز الرفع ١٢ ق

ظرف يقضي او خبر مبتدأ هو عهدة من العهد الحفظ وباعتباره سمي بها حقوق العقد ولضمان الدرك وتسليم العقار والصك القديم وعن ابي يوسف رح ان العهدة على المشتري ان ينقد الثمن للبائع وفيه اشعار بانها تسمع على مشتر ذي اليد بلا حضور البائع

لانه اجنبي على المشتري عهده

كما في المحيط ١٢ نقاية

استحقاق المبيع ضمان الثمن على البائع فيطلب منه وقال الشافعي رح العهدة على المشتري
بكل حال سواء اخذها من يد البائع او من يد المشتري واذا قضي للشفيع بالمبيع فله رده
بسبب خيار الرؤية والعيب وان شرط المشتري البراءة منه لان الاخذ بمنزلة الشراء
لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخيار ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته
لان المشتري ليس بنائب عن الشفيع وان اختلف الشفيع في الثمن يكون القول للمشتري
مع يمينه في قدر الثمن لان الشفيع يدعي حق الاخذ عند نقد الاقل والمشتري ينكر
والقول للمنكر مع يمينه ولو اقاما البينة يكون بينة الشفيع احق من بينته وقال ابو يوسف
والشافعي رح بينة المشتري احق لانه يثبت زيادة الثمن والمثبت اولى ولابي حنيفة ومحمد رح
انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لاحتمال انه اشترى مرتين مرة بالاقل ومرة بالاكثر و
للشفيع ان ياخذ بايهما شاء ولو ادعى المشتري ثمنا وبائعه اقل منه اخذ الشفيع
بقوله اي بقول البائع قبل قبضه اي البائع الثمن سواء كان المبيع في يده او بيد المشتري
لان الثمن ان كان كما قال البائع فظاهر وان كان اكثر كما قال المشتري فقد حط البائع الثمن
عن المشتري والحط عنه حط عن الشفيع واخذ الشفيع بقول المشتري ان شاء ولم يلتفت
الى قول البائع بعده اي بعد قبض البائع الثمن لان حكم البيع في حق البائع قد انتهى لوصول
الثمن اليه فصار كاجنبي اخر فلا قول له بعد ذلك في مقدار الثمن وبقي الاختلاف
بين الشفيع والمشتري فيكون القول للمشتري مع يمينه كما مر فانما قال وبائعه
اقل منه لانه لو ادعى البائع اكثر يتحالفان اي البائع والمشتري ويترادان وايهما نكل
فظهر ان الثمن ما يقوله الاخر فياخذ الشفيع بذلك وان حلفا يفسخ القاضي العقد بينهما واخذ
الشفيع بما قال البائع لان فسخ العقد لا يوجب بطلان حق الشفيع واذا حط البائع عن المشتري
بعض الثمن سقط ذلك عن الشفيع واخذ المبيع بالاقل في حط بعض الثمن خلافا للشافعي وكذا
اذا اخذ الشفيع ثم حط البائع عن المشتري بعض الثمن فانه يحط ذلك عن الشفيع

ايضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر انه اخذ منه فوق حقه وان زاد
المشتري للبايع في الثمن لم يلزمه الزيادة على الشفيع واخذ المبيع في زيادته اي في زيادة
الثمن باقلهما اي اقل الثمنين لان الشفيع استحق اخذ المبيع بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري
لا يملك ابطال حق الثابت للشفيع وان حط البايع عن المشتري كل لم يسقط عن الشفيع
واخذ المبيع في حط الكل بالكل اي كل الثمن لانه لا يلحق باصل العقد لان حط جميع
الثمن لو لحق باصل العقد يصير العقد هبة ولا شفعة في الهبة ويصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا
ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدي الى ابطال حق الشفيع واخذ الشفيع في الشراء الشيء بثمن
المثلي كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب بمثله لقدرته على المثل الكامل واخذ في الشراء
الشيء بثمن غيره اي غير المثلي كالعروض والعقار بقيمة الثمن لعجزه عن المثل الكامل ويعتبر
قيمته وقت الشراء لا وقت الاخذ ففي بيع عقار بعقار اخذ كل اي شفيع كل واحد منهما
بقيمة الآخر وفي بيع دار بعرض اخذها بالقيمة اي بقيمة العرض فاهل المدينة اخذها بقيمة
الدار ويختار الشفيع في ثمن مؤجل بيع دار به ان شاء اخذها بحال وطلب الشفيع في الحال
وصبر حتى ينقض الاجل ثم اخذ الدار بعد الاجل ولو سقط عن الطلب حتى يطلب بعد
الاجل بطلت شفعته وفي قول ابي يوسف الآخر لم يبطل وليس له ان ياخذ في الحال بثمن مؤجل
وقال زفر والشافعي رح في القول القديم وعن مالك رح له ذلك وهذا اذا كان الاجل معلوما
فان كان مجهولا نحو الحصاد والدياس وما اشبه ذلك فقال الشفيع انا اعجل الثمن واخذها
لم يكن ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد في حق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد
واذا بنى المشتري في العرصة او غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار في بناء المشتري
وغرسه ان شاء اخذ بالثمن وقيمتهما اي قيمة البناء والغرس مقلوعين او كلف المشتري قلعهما
وعن ابي يوسف رح انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان
يترك وبه قال الشافعي رح وليست الشفعة الا في بيع صحيح لانها انما يثبت عندنا

بخلاف القياس بالآثار والمعنى ان لا يجوز الشفعة الا انا جوزنا الشفعة بالآثار في معاونة
مال بمال فيقتصر عليها ولانها انما يجب عند رغبة البائع بعرفها الا ترى انه يكتفى بثبوت البيع في حق
البائع ولهذا كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة ان اقر البائع بالبيع بان كذب به المشتري لثبوت
البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك للمشتري لانكاره او في هبة مشروطة بعوض لانها في معنى
البيع لكن بشرط التقابض وعدم الشيوع في الموهوب بعوض وينبغي ان يكون العوض مشروطا في العقد
وان لم يكن العوض مشروطا في العقد فلا شفعة خلافا لمالك ولا يجب الشفعة في الشجر
والتمر بيعا قصدا بلا عرصة ولو بيعا بتبعية العرصة يجب فيهما الشفعة كذا لا شفعة في بناء
بيع قصدا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل وان لم يكن طريق
العلو في السفل لانه التحق بالعقار لما له من حق القرار ولا في بيع بخيار للبائع لان خيار البائع
يمنع خروج المبيع عن ملكه الا بعد سقوطه اي بعد سقوط الخيار بزوال المانع لخروج المبيع
عن ملكه وتكلموا في ان طلب الشفيع يشترط عند البيع ام عند سقوط الخيار والاصح انه يشترط
عند سقوط الخيار وان اشترى بشرط الخيار وجب الشفعة اما عند ابي يوسف ومحمد رح
فلانه صار ملكا للمبيع واما عنده فلخروج المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يعتمد على انقطاع
حق البائع لا على ثبوت الملك للمشتري كما ذكرنا فان اخذ الشفيع في ايام الخيار فقد وجب البيع
ولا خيار للشفيع لان الخيار لا يثبت الا لمن شرط له والشرط للمشتري دون الشفيع ولا في البيع
الفاسد اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع في المبيع واما بعد قبض فلاحتمال الفسخ لان لكل واحد
من العاقدين فسخه والفسخ مستحق حقا للشرع الا بعد سقوط فسخه بان باع المشتري
من اخر فحينئذ وجب الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ
وجبت الشفعة وللشفيع ان ياخذه بالبيع الثاني بالثمن المذكور او ينقض البيع
الثاني وياخذ بالبيع الاول بقيمته لانه اجتمع له سببان فله ان ياخذ بايهما شاء فان
اخذ بالثاني اخذ بالثمن لان الشراء الثاني صحيح وان اخذ بالاول اخذ بالقيمة لان المبيع في البيع الفاسد

مضمون

مضمون بالقيمة ولا فی رد بخیار ای من اشتری دارا فسلم الشفیع الشفعة ثم ردها المشتری بخیار رویة او شرط او عیب بقضاء قاض فلا شفعة للشفیع لانه فسخ من کل وجه فیعود الی قدیم ملک البائع فلا یتجدد للشفیع الشفعة لان الشفعة فی انشاء العقد ولا فرق فی هذا بین القبض وعدمه الا فی خیار عیب فانه ان ردها بلا قضاء فللشفیع الشفعة لان الرد بغیر قضاء بمنزلة البیع المبتدأ خلافا لزفر والمراد بالعیب بعد القبض لان الرد بالعیب قبل القبض فسخ من کل وجه وان کان بغیر قضاء لعدم تمام الملک ولهذا ینفرد الراد به من غیر ان یحتاج الی رضاء صاحبه او قضاء قاض ولا شفعة لمن باع وکیلا کان او اصیلا لان اخذه بالشفعة یکون سعیا فی نقض ما تم من جهته وهو مردود شرعا او لمن بیع له وهو الموکل فانه اذا وکل وکیلا ببیع داره فباع الوکیل داره والموکل دار اخری بجنب الدار المبیعة لا شفعة للموکل فان تمام البیع به فانه لا توکیل لما جاز بیعه او لمن ضمن الدرک عن البائع وهو الشفیع لانه تقریر البیع فکان کالبائع بل لمن اشتری اصالة ووکالة او اشتری له ای للموکل وکل بالشراء لان الشفعة انما یبطل باظهار الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فیها والشراء اظهار الرغبة فیها فلا یکون ابطالا للشفعة وفائدته انه لو کان المشتری او الموکل بالشراء شریک وللدار شریک اخر فلهما الشفعة ولو کان هو شریکا وللدار جار فلا شفعة للجار مع وجوده ویبطلها تسلیمها بعد البیع فقط لا قبله فلو سلم بعد البیع وهو لا یعلم بالشراء فتسلیمه جائز لانه اسقاط فلا یتوقف علی العلم ویبطلها الصلح من شفعة علی عوض مع بطلانه ای بطلان الصلح فلا یجب العوض ورده ان اخذ لانه اسقط حقه ولکنه طمع فی غیر مطمع فیکون العوض رشوة ویبطلها موت الشفیع بعد البیع قبل القضاء بالشفعة ولم یکن لوارثه حق الاخذ بالشفعة وقال الشافعی یورث عنه واما ان مات بعد القضاء بالشفعة قبل نقض الثمن لا یبطل الشفعة موت المشتری لان المستحق باق وبموت المستحق علیه لم یتغیر سبب الاستحقاق ویبطلها بیع ما یشفع به بعد شراء المشتری سواء علم بالشراء او لا

المشفوع ولهذا استحق الشفیع لانه لو صالح علی بیت معین مثلا منها لم تبطل الشفعة لان الثمن مجهول فلا اخذ الکل بخلاف ما اذا صالح علی شیء معلوم منه کالنصف فانها تبطل ١٢ نقایة

لانه حق المورث ولنا ان حق الشفعة حق التملک وهو قائم بالشفیع فلا یبقی بعد موته ١٢ قهستانی

بقاء السبب وهو الاتصال بالملک ١٢ نقایة

قبل القضاء بالشفعة لان الاستحقاق بالجوار او الشركة وقد زال قبل التملك بخلاف ما لو باع الشفيع
داره على انه بالخيار بعد شراء المشتري فانه يكون على شفعته لان الملك لم يزل ويشفع حصة
احد الجماعة المشترين اى اذا اشترى خمسة مثلا دارا من رجل فللشفيع ان ياخذ
نصيب احدهم وترك الباقي لانه ليس في هذا الاخذ ضرر تفريق الصفقة على المشترين
لان الشفيع يقوم مقام احد المشترين ولا فرق في هذا قبل القبض وبعده وهو الصحيح
وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه فصل فقال ان اخذ قبل القبض نصيب
احدهم ليس له ذلك لانه متى اخذ احدهم من يد البايع يتضرر البايع بتفريق اليد
بخلاف ما بعد القبض لانه ليس في يد البائع ولكنا نقول قبل القبض لا يمكنه اخذ
نصيب احدهم اذا نقد الشفيع ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته لئلا يؤدي الى تفريق اليد
على البايع كاحد المشترين لا يشفع نصيب احد الجماعة البايعة اى ان اشترى احد دارا من
خمسة مثلا اخذ الشفيع كلها او تركها وليس له ان ياخذ البعض دون البعض وقال
الشافعي رح له ان ياخذ حصة احدهم كما في الفصل الاول فان سمع الشفيع ان
المشتري زيد وسلم الشفعة بشراء زيد فظهر شراء غيره فهو على شفعته لتفاوت الناس
في الجوار فالرضاء بجوار زيد لا يكون رضاء بجوار غيره ولو ظهر ان المشتري زيد وغيره
فله ان ياخذ نصيب غير زيد لان التسليم لم يوجد في حق غيره او سمع الشراء بالف
درهم فظهر ان الشراء باقل من الف او بمثلي كحنطة او شعير قيمتهما الف او اكثر فتسليمه باطل
فلا تسقط شفعته الا ان يسمع الشراء بالف وسلم الشفعة ثم ظهر انه قيمي كالعرض قيمته
الف او اكثر فانه لا يبقى له الشفعة لان الشفيع انما ياخذ ههنا بقيمة العروض فان كانت
القيمة الفا فقد سلم المبيع به وان كانت قيمته اكثر فتسليم المبيع بالف تسليم بالاكثر
بالطريق ولو ظهر ان المبيع بدنانير قيمتها الف او اكثر صح التسليم وبطلت الشفعة وان كانت
اقل فهو على شفعته وقال زفر رح له شفعته في الوجهين والاصل ان

العرض في الشفعة يختلف باختلاف قدر الثمن وجنسه والمشتري فاذا سلم على بعض
الوجوه ثم ظهر خلافه بقيت الشفعة كما كانت لان التسليم لم يوجد على الوجه الذي استحق
فان باع دارا الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لعدم الجوار وهذه
حيلة في اسقاط الشفعة وكذا لو وهب له هذا القدر ذراعا من الجانب الذي هو متصل بملك الجار
ثم بيع ما بقي منه فلا يجب الشفعة للجار لان ملكه لا يلازق المبيع ثم الحيلة لاسقاط الشفعة
الثابتة لا شك انه مكروه وذلك ان يقول المشتري للشفيع انا ابيع الدار منك
بما اخذت فلا فائدة ذلك في الاخذ بالشفعة فقال الشفيع نعم سقط الشفعة فاما الحيلة كيلا
يجب الشفعة فعند ابي يوسف رح لا يكره وعند محمد يكره على هذه الحيلة لاسقاط الزكوة والله
اعلم بالصواب

كتاب القسمة

هي في اللغة اسم من الاقتسام يقال اقتسموا المال بينهم
وفي الشرع تعيين الحق الشايع وهي لا تعرى عن معنى الافراز والمبادلة ولكن غلب فيها الافراز
في المثلي كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين ابعاضها فكان ما
ياخذ كل شريك مثل حقه صورة ومعنى فامكن ان يجعل عين حقه الا ترى ان لاحدهما ان
ياخذ نصيبه عند غيبة صاحبه ولو كان مبادلة يشترط رضاءه وغلب فيها المبادلة
في غيره اي في غير المثلي كالحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها فلا يمكن ان يجعل كل
شريك كانه اخذ حقه ولهذا لا ينفرد احدهما ان ياخذ عند غيبة صاحبه فياخذ
كل شريك حصته بغيبة صاحبه ثم اي في المثلي لا هنا اي في غير المثلي كما ذكرنا ويندب للقاضي
نصب قاسم ويرزق من بيت المال ليقسم بين الناس بلا اجر لان القسمة فصل الخصوم لان تمام
انقطاع يكون بالقسمة فاشبه القضاء من هذا الوجه فالاولى ان يجعل كفايته في بيت المال كرزق
القاضي وان لم يفعل ذلك بل نصب قاسما ليقسم باجر على المتقاسمين صح لان المنفعة حصلت
لهم فتكون الغرم عليهم فيقدر باجر مثله كيلا يتحكم القاسم بالزيادة عليهم وهو اي اجر القاسم
على عدد رؤس الشركاء عند ابي حنيفة رح وقالا على قدر الانصباء وهو قول الشافعي رح لان

هذه موعظة لحقهم بسبب الملك ولابي حنيفة ان المعنى عليه هو التميز والاجر مقابل به وتميز
الاقل كتميز الاكثر بل قد يكون العمل في معرفة الاقل اكثر لان الحساب يدق لقلة النصيب
وقد ينعكس فاعتبر نفس التميز ويجب كونه اى القاسم عدلا يعتمد على قوله عالما بها اى القسمة يتقلد
عليها ولا يعين قاسم واحد اى لا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد بان استاجروه لان القاسم
لو تعين يتضرر الناس لانه يفضي الى غلاء الاجر ولا يشترك القسام كيلا يتواضعوا على الاجر
بخلاف اذا لم يشتركوا لانه يتسارع كل قاسم الى القسمة باجر يسير حذرا عن الفوت وقسم بطلب
احدهم اى احد الشركاء ان انتفع كل شريك بحصته بعد القسمة لان في القسمة تكميل المنفعة
وقسم بطلب صاحب الكثير فقط اى دون طلب صاحب القليل ان لم ينتفع الشريك الاخر وهو
صاحب القليل بعد القسمة لقلة حصته كذا ذكره الخصاف وهو الاصح لان الاول يطلب
من القاضي ان يخصه من الانتفاع بملكه ويمنع غيره وهذا طلب الانصاف لا التعنت
فعلى القاضي ان يجيبه واما الثاني فمتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت
بالرد وذكر الخصاف على عكس هذا وذكر الحاكم الشهيد في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي
ولم يقسم الا بطلبهم ورضائهم ان تضرر كل واحد للقلة لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة
وفي هذا تفويتها لكن يجوز برضائهم لان الحق لهم وهم اعرف بشانهم اما القاضي فيعتمد الظاهر
ولا يقسم الجنسان جبرا فيقسم القاضي كل موزون ومكيل ومعدود متقارب وتبر الذهب
والفضة والنحاس والابل والبقر والغنم بانفرادها ولا يقسم شاة وبعير جبرا قسمه جبر
بان يجمع نصيب احدهم في الشاة خاصة ونصيب الاخر في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا
وكذلك البعير وغيره ولا يقسم الرقيق جبرا عند ابي حنيفة وقالا يقسم لاتحاد الجنس كالابل والغنم وله
ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة فلا يجوز الاجبار على
القسمة ولا الجواهر كاللآلي واليواقيت وقيل يقسم الكبار عنهما لفحش التفاوت ويقسم الصغار
لقلة التفاوت وقيل الجواب يجري على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق فالاولى ان لا يجبر

فيها على القسمة ولا الحمام ولا البير ولا الرحى وكذا الحائط بين الدارين لان القسمة لتكميل المنفعة
فاذا لم يبق كل نصيب منتفعا لا يقسم القاضي الا برضائهم استثناء من قوله ولا يقسم الجنسان
وذلك لالتزامهم الضرر بانفسهم ودور مشتركة في مصر قسم كل دار على حدة ولا يجمع نصيب احدهم
في دار وهذا عند ابي حنيفة وقالا الرأي فيه للقاضي فان رأى ان الاصلح قسمة بعضها في بعض
قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما ان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة
واصل السكنى والاجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان الترجيح مفوضا
الى رأي القاضي وله ان الدور اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد
والماء والقرب الى السوق والبعد عن السوق والداران اذا كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما كما
هو مذهبه كذا روى هلال عنهما وعن محمد انه يقسم احدهما في الاخرى وهو قسمة الجمع او دار وضيعة او دار
وحانوت قسم كل واحد على حدة بالاجماع لاختلاف الجنس وصحت القسمة ان اتفقت الشركاء واقتسموا
بينهم بالتراضي من غير امر القاضي لولايتهم على انفسهم واموالهم الا عند صغر احدهم فيحتاجون
الى امر القاضي لقصور ولايتهم عنه وقسم نقلي في ايدي الشركاء حضروا عند القاضي ويدعون
انه ارث يعني اذا كان المال المشترك سوى العقار وادعوا انه ميراثهم قسم القاضي بينهم بالاجماع
باعترافهم من غير اقامة البينة على الموت وعدد الورثة واذا ادعوا شراءه او ملكه مطلقا قسم ايضا
وهذا ظاهر وكذا قسم عقار يدعونه شراءه ويعترفون به وروي عن ابي حنيفة في غير رواية
الاصول ان القاضي لا يقسم بينهم فسوى بين الشراء والارث او ملكه مطلقا من غير ذكر
السبب فان ادعوا ارثه اي العقار عن فلان لا يقسم القاضي بينهم حتى يبرهنوا اي يقيموا
البينة على موته وعدد ورثته عند ابي حنيفة وقالا يقسم بينهم باقرارهم ويذكر القاضي في صك
القسمة انه قسمها باقرارهم ولهما ان العقار في ايديهم وهي دليل الملك وقد اخبروا بالارث
من ابيهم والاصل في اخبار المسلم الصدق والبينة انما تقام على المنكر ولا منكر ههنا
ولا منازع لهم فلا تفيد وله ان الميت يصير مقضيا عليه بقسمة القاضي وقولهم ليس

بحجة عليه فلا بد لهم من اقامة البينة وهذا لان الشركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك
الميت بدليل ان حقه يثبت فى الزوائد التى تحدث بعد ذلك ويقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه
وبالقسمة ينقطع حق الميت عن التركة حتى لا يثبت حقه فيما يحدث بعد ذلك من الزوائد فكان
هذا قضاء على الميت يقطع حقه فلا بد من البينة اما النقلى فهو فى معرض التلف فيقسم
وان ادعوا ارثه لان القسمة تفيد زيادة الحفظ فكان القسمة للحفظ بخلاف العقار لانه محصن
بنفسه لا يخشى عليه التلف فلم تكن قسمة للحفظ بل كانت قسمة قضاء على الميت يقطع حقه
ولا يقسم ايضا ان برهنوا انه اى العقار معهم اى فى ايديهم وارادوا القسمة حتى برهنوا انه
لهم لاحتمال ان يكون لغيرهم اذ اليد فى العقار ليس بدليل للملك قيل هذا اى عدم القسمة
قول ابى حنيفة رضى الله عنه خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة ضربان بحق الملك تكميلا
للمنفعة وبحق اليد تتميما للحفظ وامتنع الاول هنا لعدم الملك وكذا الثانى للاستغناء عنه
لان العقار محفوظ بنفسه ولا يقسم ايضا ان كان شئ منه اى من العقار مع الوارث الطفل
والوارث الغائب لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والطفل باخراج شئ مما كان فى يده من غير
خصم حاضر ولا فرق فى هذا الفصل من اقامة البينة وعدمها فى الصحيح ولا تدخل الدراهم التى
ليست من التركة فى القسمة اى فى قسمة العقار ليجبر بها نقصان بعض الانصباء صورته دار بين
جماعة فارادوا قسمتها وفى احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون عوض البناء
دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء من الارض ولا يكلف الذى
وقع البناء فى نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا برضاهم او بان تعذر القسمة فى تلقاء
ذلك حتى اذا كان ارض وبناء يقسم بطريق القيمة عند ابى يوسف رح وعند ابى حنيفة رح يقسم
الارض بالمساحة فالذى وقع البناء فى نصيبه يرد على الاخر بدراهم حتى يساويه فيدخل الدراهم
ضرورة وعند محمد رح انه يرد على شريكه من العرصة فى مقابلة البناء فاذا بقى فضل ولا يمكن التسوية
فيرد للفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر وان قسم بينهم ووقع مسيل فى قسم او طريقه

فی قسم آخر ولم یشترطوا ذلک فی القسمة صرف المسیل والطریق عنه ان امکن الصرف ولیس له ان یتطرق ویسیل فی قسم آخر والا ای وان لم یکن الصرف فسخت القسمة لان المقصود منها هو قطع الشرکة ولم یحصل وصورته دار بین رجلین وفیها صفة وبیت وباب البیت فی الصفة ومسیل ماء ظهر البیت علی ظهر الصفة فاقتسما واصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة واصاب البیت احدهما وقطعة من الساحة ولم یذکروا طریقا ولا مسیل ماء وصاحب البیت یقدر لفتح بابه فیما اصابه من الساحة ویسیل ماءه فی ذلک فاراد ان یمر فی الصفة علی اهله ویسیل ماءه علی ما کان فلیس له ذلک سواء شرط کل واحد منهما ان ما اصابه له بکل حق له او لم یشترط ذلک وان اقر احد المتقاسمین بالاستیفاء ثم زعم وادعی ان بعض حصته وقع فی ید صاحبه غلطا صدق بالحجة لانه یدعی لنفسه حق الفسخ بعد ما ظهر سبب لزوم العقد فلا یقبل قوله الا بالحجة فان لم یکن له حجة استحلف الشرکاء ولانهم لو اقروا بذلک لزمهم فاذا انکروا حلفوا علیه فمن حلف منهم لم یکن له علیه سبیل ومن نکل عن الیمین جمع بین نصیب الناکل والمدعی فیقسم ذلک بینهم علی قدر نصیبهما قالوا وینبغی ان لا یقبل دعواه اصلا لانه متناقض والحیلة انه اعتمد علی قسمة القاسم فاقر بالاستیفاء ثم لما ظهر الغلط فی قسمة القاسم لا یؤخذ بذلک الاقرار واذا قسمت الدار والارض بین الورثة او المشترین فانکر بعضهم ان یکون استوفی نصیبه یکون شهادة القاسمین الذین تولیا القسمة علی استیفاء حقه حجة مقبولة عند ابی حنیفة وابی یوسف وقال محمد والشافعی لا تقبل وهو قول ابی یوسف رح اولا وذکر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد رح انه شهد علی فعل نفسه فلا تقبل قلنا لا بل شهد علی الاستیفاء وهو فعل غیره وفسخت القسمة ان استحق بعض مشاع فی الکل وهذا بالاتفاق ولا یفسخ القسمة ان استحق بعض حصة احدهما شائعا کان المستحق او معینا وهذه المسئلة علی ثلثة اوجه الاول ان استحق جزء شائع من الکل فیفسخ القسمة اجماعا والثانی ان استحق جزء بعینه لا یخلو الا من الکل وهذه غیر مذکورة فی المتن واما من نصیب احدهما فلا یفسخ اجماعا والثالث ان استحق جزء شائع من نصیب احدهما فلا یفسخ بل المستحق علیه بالخیار ان شاء یرجع بقسطه علی صاحبه وان شاء ینقض القسمة وهذا عند ابی حنیفة رح وقال ابو یوسف رح تفسخ القسمة

من المتقاسمین کنصف الدار لان المستحق شریک ثالث فیتوقف القسمة علی رضاه وفیه اشعار بانه لو استحق بعض معین من نصیب کل لم تفسخ لانه ان کان الباقی نصیب کل لم یرجع والا یرجع بنقصان نصیبه کما اذا کان الدار بینهما فاستحق عشرة اذرع اربعة من هذا وستة من ذاک فانه یرجع بذراع علی الاول لا تفسخ ان استحق بعض حصة احدهما سواء کان جزء بعینه مما اصابه واحد منهم او جزء شائعا

وقول محمد مضطرب ذكره ابو سليمان مع ابی یوسف و ابو حفص مع ابی حنیفة والاصح انه مع ابی حنیفة وصحت المهایات وهی فی لسان اهل قسمة المنافع وهی جائزة فی الاعیان المشترکة التی یمکن الانتفاع بها مع بقاء عینها فی سکونی هذا ای احد الشریکین بعضا من دار معین وسکون هذا ای الشریک الآخر بعضا آخر من هذه الدار وفی خدمة عبد واحد بان تهایا علی ان یخدم هذا العبد الشریک یوما ویخدم هذا الشریک یوما ویخدم هذا الشریک یوما آخر ای صحت المهایات فی سکنی بیت صغیر علی ان یسکن هذا الشریک یوما وهذا یوما آخر لان المهایات قد یکون فی الزمان وقد یکون من حیث المکان والتهایؤ متغیرین جائز هنا وصحت المهایات فی خدمة عبدین بان یخدم هذا الشریک هذا العبد ویخدم الشریک الآخر العبد الآخر وهذا ظاهر عندهما لانهما یجوزان قسمة الرقیق واما عند ابی حنیفة فلان الخدمة هی القیام بالجوارح والتفاوت فی ذلک قلیل بخلاف اعیان الرقیق لانها یتفاوت تفاوتا فاحشا علی امر والله اعلم بالصواب

کتاب الهبة

هی التبرع بما ینفع به الموهوب له لغة یقال وهب له مالا وقد یقال وهبته مالا ویسمی الموهوب هبة وتملیک عین بلا عوض شریعة واهلها اهل التبرع وهی تصح بوهبت فانه صریح فی الهبة ونحلت ای اعطیت فانه یستعمل فی التملیک بغیر عوض ونحوها کاعطیت واطعمت هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لک واعمرت هذا الشیء وهذه الالفاظ ایجاب ولا بد من القبول لانها عقد وقیام العقد بالایجاب والقبول وتتم الهبة بالقبض حتی لا یثبت الملک قبل القبض ثم قال ما لا یثبت فی مجلسها ای مجلس الهبة ولو وقع القبض بلا اذن الواهب لان القبض هنا بمنزلة القبول من حیث توقف الملک علیها وکما ان الایجاب منه یکون تسلیطا علی القبول فکذا یکون تسلیطا علی القبض وهذا بخلاف ما اذا قبض بعده ای بعد المجلس فانه لم یجز الا باذن الواهب ولا تصح الهبة فی شیء مشاع یحتمل ان یقسم ویصح فی ما لا یحتمل ان یقسم وقال الشافعی یصح ونعنی بما لا یحتمل القسمة ان لا یبقی منتفعا به بعد القسمة اصلا کعبد واحد ودابة واحدة او لا یبقی منتفعا به بعد القسمة من جنس الانتفاع الذی کان قبل القسمة کالبیت الصغیر والحمام الصغیر والثوب ونعنی بما یحتمل ان ینقسم منتفعا به قبل القسمة وبعدها فالاصل ان کل شیء یضره التبعیض

عه وفیه اشعار بان الخلاف عندهما خلاف لابی حنیفة ویصح فی ارضاع جاریتین بدرایة سنتین والاصح کذلک ومسائل الباب فی المحیط وغیره والکلام مشیر الی انهما لا یصح فی المثلیات وما یتعین بموت احدهما کما فی الاختیار من النظم المحصور علی اثنی عشر مسئلة والحکم علی النحو من حسن الاختتام ١٢ قهستانی

عه والاولی ١٢ نقایة

عه الی جوازها فی الدارین بالطریق الاولی لانه فی الزمان اختیار الدار الواحدة اشارة

عه وانما اشترط السکون لان فی الاستغلال خلاف ... جوازه وانما قدم المهایات فی الزمانیة روایتین ... ١٢ قهستانی

عه ای بالعزة والالف نوع الموهوب من الرضاع ای اختیار کل واحد ... واحدة ما هو من الہبة ... الظاهرة للشیء الشیء بشرط مقابلة المنافع ١٢

عه عقد بالقسمة مع ... ١٢ قهستانی

عه تملیک ... تملیک العین بلا عوض ١٢ نقایة

عه ... قال الله تعالی ...

عه قوله وجعلت ... ١٢ قهستانی

[illegible]

ويوجب نقصانا فى ماليته فانه لا يحتمل القسمة فان قسم المشاع المحتمل للقسمة وسلم صح
التمام بالقبض والشيوع قد زال عند القبض وكذا اى مثل هبة المشاع هبة لبن فى ضرع ونحوه
كصوف على ظهر غنم ونخل فى ارض وزرع وتمر على النخيل فان الهبة لا تصح فى هذه الاشياء واذا استخرج اللبن
وسلم وقطع الزرع والنخل والتمر وسلم تصح لان عدم الصحة لاتصال الموهوب بما ليس بموهوب مع امكان
الفصل وذا يمنع القبض كالمشاع ولا يصح هبة دقيق فى بر ودهن فى سمسم وان طحن وسلم الدقيق
واخرج الدهن وسلم لان الموهوب معدوم وقت الهبة فان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر
وغاية ما فى الباب ان الدقيق يحصل بالحنطة والطحن والدهن بالسمسم والعصر الا ان الطحن والعصر اخرهما
فيضاف الموجود اليهما وهبة تامة مع الموهوب له اى اذا كانت العين الموهوبة فى يد الموهوب
وديعة او عارية او امانة او غصبا فالهبة تامة ويثبت الملك بمجرد العقد بلا قبض جديد كهبة الاب
لطفله فانها تامة بمجرد قوله وهبت لان الموهوب فى قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين
ان يكون فى يد الاب او يد مودعه وكذا اذا وهبت للطفل امه شيئا وهو فى عيالها وابوه ميت ولا
وصى له جازت الهبة وقبض الام بمنزلة قبض الاب لو كان حيا وقبضه اى قبض الطفل عاقلا وقبض من
يربيه كالعم والاخ وكذا الاجنبى وهو اى الطفل معه اى مع من يربيه وقبض الزوج للزوجة الطفلة
بعد الزفاف معتبر خبر لقوله وقبضه وما عطف عليه فى هبة الاجنبى له اى للطفل لانه نفع محض
وفى الشافعى لا يصح قبض الصبى العاقل بنفسه وصح هبة اثنين دار الواحد لانهما سلماها معا جملة وهو
قد قبضها جملة ولا يدخل فيها الشيوع اذ المانع الشيوع عند القبض لا عند العقد وعكسه اى وهبها واحد لاثنين
لا اى لا يصح عند ابى حنيفة وعندهما يصح لانه تمليك واحد فلا يتحقق الشيوع وله ان الملك يثبت على الشيوع فى النصف
هذا وفى النصف هذا بالاجماع والقبض لا يتحقق فى المشاع كصدقة عشرة دراهم على غنيين فانه لا يصح
عند ابى حنيفة وعندهما يصح لانه تمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما فى هبة واحد دار الاثنين على ما مر انفا
وله ان التصدق على غنيين يراد به الهبة مجازا والملك يثبت للغنيين على الشيوع والقبض لا يتحقق
فى المشاع وصح تصدق عشرة دراهم على فقيرين بالاتفاق لان التصدق على الفقيرين يراد به وجه

الله تعالى اذ الصدقة يقع لله تعالى وهذا لم يكن فيها رجوع قال عليه السلام تقع في كف الرحمن قبل ان تقع
في كف الفقير وانما تقع للفقير نيابة عن الله بحكم الرزق الموعود لله واحد لا شريك له فلم يتمكن الشيوع فيها فيصح كالهبة اذا وهبت لواحد
وقبضها اثنان بحكم النيابة عن الموهوب له ويصح الرجوع عنها اي الهبة وقال الشافعي لا يصح الا في هبة الوالد لولده لانه عقد تمليك فيجب ان يلزم
كالبيع وانما يثبت حق الرجوع فيما بين الوالد والولد لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما وهب لولده ولنا قوله عليه السلام الواهب
احق بالرجوع من الهبة ما لم يثب اي ما لم يعوض وهذا لان المقصود بالهبة للاجانب العوض عادة وهذا بقاء الايادي وقرض المعروف كالمشروط
والمراد برجوع الاب انه اذا احتاج الى ذلك يتملك فان لا يستبد به الا من مال الابن لحاجته يسمى رجوعا باعتبار الظاهر ولا يصح الرجوع
الا بتراض او حكم قاض به لان الرجوع فسخ العقد فلا يصح الا ممن له ولاية عامة وهو القاضي او منهما لولايتهما على انفسهما ويمنعه اي الرجوع
زيادة متصلة بالموهوب كالغرس والبناء والسمن لان الرجوع انما يصح في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلم يصح الرجوع فيها والفصل غير ممكن ليرجع
في الاصل دون الزيادة ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت الهبة امة فتولدت عند الموهوب له فللواهب ان يرجع فيها دون الولد لان الرجوع في الاصل
دون الزيادة ممكن وموت احدهما اي الواهب والموهوب له اما ان مات الموهوب له فلان الملك انتقل الى ورثته واما اذا مات الواهب فلان النص اوجب
حق الرجوع للواهب دون غيره وعوض اضيف اليها بان قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او ما شاكله فقبضه الواهب
ولو وهب للواهب شيئا ولم يقل هذا فلكل واحد منهما ان يرجع وكون العوض عن اجنبي متبرعا فقبض الواهب العوض مبطل للرجوع ايضا وخروجها
عن ملك الموهوب له بان باع الهبة او وهبها والزوجية لانها نظير القرابة بدليل جريان التوارث بينهما بلا حجب وقت الهبة
حتى لو وهب رجل لامرأة ثم نكحها فله ان يرجع ولو وهب لامرأته هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع والقرابة المحرمية لقوله عم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم
لم يرجع فيها وهلاك الموهوب لتعذر الرجوع بعده فلو ادعى الموهوب له الهلاك صدق بلا حلف وضابطها اي ضابط الموانع حروف
دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج من ملك الموهوب له والزاء الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب
وقد قيل بيت ومانع عن حق الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه وهو اي الرجوع فسخ الهبة من الاصل فيعود الملك القديم للواهب
لا هبة للواهب حتى لا يشترط قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عود الملك القديم وهي الرجوع في المشاع وقال زفر الرجوع بغير
قضاء بمنزلة الهبة المبتداة وهي اي الهبة بشرط العوض بان يهب عبده لرجل على ان يهب الموهوب له عبده هبة ابتداء فشرط قبضهما
اي قبض الواهب والموهوب له للعوضين على ان يكون المصدر به مضافا الى الفاعل والمفعول والاخر محذوف ويبطل بالشيوع فان وهب شقصا
مشاعا بشرط عوض لا يجوز وبيع انتهاء حتى اذا تقابضا صح العقد وصار في حكم بيع فيرد بالعيب وخيار الرؤية وتثبت به الشفعة في العقار

والشافعي رح ينعقد بيعا ابتداء وانتهاء حتى ثبت الملك بمجرد العقد ولا يبطل بالشيوع الا في هذه الصورة ومعنى
ولنا ان فيه جهتين فما اشتمل على جهتين يجب ان يوفر على الشبهين حظهما وان وهب جارية واستثنى حملها
او شرط في الهبة ما يفسد البيع كشرط ان يردها الموهوب له عليه بعد حين او ان يعتقها او يستولدها بطلا اي الاستثناء والشرط
وصحت الهبة اما بطلان الاستثناء فلانه لا يصح الا فيما يصح افراده بالعقد والحمل لا يصح افراده بعقد الهبة فكذا لا يصح استثناؤه واما بطلان الشرط
فلانه مخالف لموجب العقد ولان الشرط يعمل في عقود دون التبرعات واما صحة الهبة فلانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بل العقد يصح
ويبطل الشرط لان الملك في الهبة معلق بالفعل الحسي وهو القبض والفعل الحسي لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الحس اذا وجد
لا مرد لها فلا يمكن ان يجعله عدما وان اعتق الحمل ثم وهبها اي الام صحت الهبة وان دبره اي الحمل ثم وهبها لا تصح
في الام والفرق ان التدبير لا يزيل ملك المدبر فالموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار كهبة المشاع فيما يقسم او كهبة شيء مشغول
بملك الواهب فلم يجز اما الاعتاق فيزيل ملك المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب
فيجوز وصح العمرى وهي في الاصل مصدر وفي الشرع جعل داره له مدة عمره بشرط ان يرد على الواهب اذا مات المعمر له فيصح التمليك ويبطل الشرط ويكون الدار له
حيا ولورثته بعد موته والاصل ان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد كما ذكرنا فتكون الهبة جائزة والشرط باطلا ولا يصح الرقبى وهي في الاصل مصدر بمعنى الترقب
وفي العرف ان مت قبلك فهي اي الدار لك رقبى وسمي بها من المراقبة وهي الانتظار لان كل واحد منهما يراقب موت صاحبه كانه يقول ارقب موتك وترقب موتي فان
مت قبلي فهي لي وهي باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح فان الاختلاف راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من المراقبة
فحمل ابو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك في الحال والرجوع الى الواهب منتظر فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك فكان هذا تعليق التمليك
بالخطر وهو موت المملك قبله فلذا ابطلاه واذا لم يكن عندهما هبة تكون عارية لانه اطلق له الانتفاع والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض
لانها تبرع كالهبة ولا في مشاع يقسم كما تصدق بنصف الدار ولكن لا عود اي لا رجوع فيها اي في الصدقة اذا قبضت لان المطلوب بالصدقة الثواب وقد
حصل فلا يرجع ولو تصدق على غني او وهب لفقير لا يرجع اعتبارا للفظ في المسألة الاولى وللمعنى في المسألة الثانية والرجوع حق ضعيف ولهذا وقع
في الشك ولانه الرجوع لا يرجع بالشك ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع واعلم ان العدل بين التسوية
بين البنت والابن في الهبة عند ابي يوسف رح لقوله عليه السلام سووا بين اولادكم حتى في القبلة ولو كنت مفضلا احدا لفضلت الاناث وعند محمد ان يسوي بينهما على سبيل الارث
للذكر مثل حظ الانثيين

كتاب الاجارة

وهي لغة اسم للاجرة وهي كراء الاجير من اجر مملوكي او اجرته ايجارا
فهو موجر لا من آجر مؤاجرة فانه خطأ وشرعا بيع نفع معلوم بعوض كذا اي معلوم دين كالنقود والمكيل

والموزون او عين كالعبيد والثياب ثم اعلام العوض ان كان النقود ببيان النقد وبيان
الصفة انه جيد او وسط او ردی وان كان العوض كيليا او موزونا او عدديا متقاربا
فاعلامها ببيان القدر والصفة ويحتاج الى مكان الايفاء ان كان له حمل ومؤنة عند ابی حنيفة
وان كان عرضا او شرابا يشترط فيه مثل شرائط السلم وهذا كله ان كانت الاجرة دينا وان
كانت الاجرة عينا فاعلامها بالاشارة ويعلم النفع بثلثة اشياء بذكر المدة كاستيجار الدور
للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة وان طالت لان المنافع تحدث شيئا
فشيئا فمقداره يصير معلوما ببيان المدة لكن فی الوقف لا تصح فوق ثلث سنين فی الصحيح لانه ربما
يدعی المستاجر ملكها قيل والحيلة لجواز الاجارة الطويلة على الاوقاف ان يعقد عقودا متفرقة كل عقد
على سنة فيكون العقد الاول لازما والثانی غير لازم لانه مضاف كذا فی الذخيرة وبذكر العمل و
ذا ببيان محله كصبغ الثوب او خياطته او استاجر الدابة ليحمل عليها مقدارا معلوما
وبالاشارة والتعيين كنقل هذا الطعام مثلا الى ثمه ای موضع معلوم ولا يجب تسليم الاجرة بالعقد
ای بنفس العقد عينا كانت او دينا وقال الشافعی رح يملكه بنفس العقد ويجب تسليمها عند
تسليم الدار والدابة الى المستأجر لانها عقد معاوضة مطلقة يوجب ملك البدل بنفسه كعقد
البيع قلنا عقد المعاوضة يقتضی تقابل البدلين فی الملك والتسليم ای يثبت الملك فی البدلين معا
كالبيع واحد البدلين هو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد بل تراخی الملك فيها الی حين وجودها
فكذا الاجرة بل يجب بتعجيلها من غير شرط فان المستاجر اذا عجلها ليس له الاسترداد كما لا يسترد
الواجب فمعنی الوجوب بالتعجيل ان لها حكم الوجوب او بشرطها فاذا شرط تعجيل الاجرة يجب معجلة او با ستيفاء
المعقود عليه والتمكن منه ای من استيفاء نفع فتجب الاجرة للدار قبضت وان لم يسكنها المستاجر وان
وان غصبها غاصب من يد المستاجر تسقط الاجرة بالغصب بقدر فوت تمكنه ای المستاجر من الانتفاع وهل
ينفسخ بالغصب قيل لا ينفسخ وقيل لا ينفسخ وللموجر طلب الاجرة من المستاجر للدار كل يوم اذا لم يكن مضروبا معلوما لكل
يوم وكذا من استاجر الدار التی مسكنه فللموجر طلب الاجر للدابة لكل مرحلة وليس للموجر للقصارة والخياطة

طلب الاجرة قبل الفراغ من العمل بل طلب الاجرة اذا تمت القصارة والخياطة وكان ابوحنيفة
يقول اولا وهو قول زفر رح لا يجب ايفاء شئ من الاجر الا بعد استيفاء جميع المنفعة سواء كانت
الاجارة معقودة على المدة كما في اجارة الدار والارض او على قطع المسافة كما في كراء الدابة الى مكة
او على العمل كما في القصارة والخياطة والصباغة ثم رجع عن هذا وقال ان وقعت الاجارة
على المدة او على قطع المسافة يجب ايفاء الاجرة بحصة ما استوفى من المنافع وللموجر
للخبز طلب الاجرة بعد اخراجه اى الخبز من التنور فان احترق الخبز من غير فعله بعد ما
اخرج فله الاجر لانه اوفى عمله وان احترق قبله اى قبل الاخراج لا اجر له ولا غرم عليه
فيهما اى في الاحتراق بعد الاخراج وقبله هذا قول الكل وذكر القدوري في شرحه ان قولهما
يجب الضمان وهو اختيار صاحب الهداية ولا ضمان عليه في الحطب والملح لانه صار مستهلكا قبل
وجوب الضمان وللموجر طلب الاجرة للطبخ بعد الغرف اى بعد اخراج المرقة من القدر الى القصاع
ولضرب اللبن بعد اقامته عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام العمل وله
ان العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد ويحبس العين للاجر كل من
ملكه اى شيئا من ماله بها اى بالعين كالصباغ والقصار خلافا لزفر فان عنده ليس له حق
الحبس فان حبس العين لاستيفاء الاجرة فضاع فلا غرم عليه لانه لما لم يصر متعديا
بالحبس بقي العين في يده امانة ولا اجر له لانه هلك المعقود عليه قبل التسليم وهلاك المعقود عليه
قبل التسليم يجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك في يد البائع وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
العين مضمونة قبل الحبس فكذا بعده ولصاحب الخيار ان شاء ضمن قيمة غير معمول ولا اجر
له وان شاء ضمن قيمته معمولا وله الاجر بخلاف الحمال والملاح وكل صانع ليس شئ
من ماله قائما بالعين فليس له ان يحبس العين للاجر لان المعقود عليه وهو العمل وقد
تلاشى واضمحل واما الابق اذا رده انسان فانه يحبس للجعل ولا اثر لعمله لانه يحبس للعمل
ولكن لما رد عينا كان على شرف الهلاك وصار بمنزلة احياء العين وتمليكه منه فكانه باعه

الرواية

منه فيملك حبسه ولمن اطلق له العمل بان يقول استاجرتك لتخيط هذا الثوب بدرهم فهذا من
قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور خياطته لفظا ان يستعمل غيره لان المستحق عليه
عمل في ذمته يمكن ايفاءه بنفسه وبالاستعانة غيره كايفاء الدين فان قيد بان شرط
ان يخيط بيده اي بنفسه لا يكون له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه عمل مخصوص
بيده فيستحق عينه ومن استاجر اجيرا ليذهب الى البصرة ويجئ بعياله المعلومين
كان لاجير المجئ بعياله ان مات بعضهم وجاء بمن بقي له اجره بحسابه وهذا اذا
قلت مؤنة الباقين بموت من مات واما اذا لم ينقص بموته بان مات الكبار
مثلا فله كل الاجر وان استاجر حامل كتاب او زاد ليذهب الى زيد بالبصرة
ويجئ بجواب الكتاب ان ذهب ورده اي الكتاب او الزاد لموته اي لموت
زيد فلا شئ له عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له اجر الذهاب لا اجر المجئ
وذكر فقيه ابو الليث قول ابي يوسف مع محمد رح وغيره ذكر مع ابي حنيفة رح وذكر
الذهاب بالكتاب يشير به الى ان هذا الحكم فيما اذا استاجره بالذهاب بشئ ليس لحمل
ومؤنة وكذا المجئ بالجواب لانه لو لم يشترط عليه المجئ بالجواب وترك الكتاب ثمه
فيما اذا كان ميت فانه يستحق الاجر كاملا وعند محمد رح وزفر رح ان استاجره
ليذهب بالطعام فرده له الاجرة وصح استيجار دار او دكان بلا ذكر ما يعمل فيه بان قال
استاجرت هذه الدار او هذه الدكان سنة فقط ولم يقل للسكنى لان المعقود عليه معلوم
بالعرف وهو السكنى فينصرف اليه وله كل عمل نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع المتاع
وغير ذلك سوى موهن البناء كالقصارة والطحن والحدادة لان ذلك يضر بالبناء فليس له ان
يعمله الا برضاء المالك لا يصح استيجار ارض للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها اي في الارض
لان الارض تارة يستاجر للزراعة وتارة للبناء والغرس وغيرهما وما يزرع فيها متفاوتة
بعضه يضر بالارض فما لم يبين شيئا من ذلك لا يصير المعقود عليه معلوما فيفضي الى

او يعمل بما يفوت اميناً جرت الارض على ان يزرعه ما يشاء و ح يكون الارض خالية عن
الزراعة حتى يتمكن من الانتفاع وان استاجرها للبناء فيها او للغرس فيها نخلا او شجرا لان هذا
منفعة مقصودة بالاراضي فاذا انقضت المدة لزم المستاجر ان يقلع البناء او الغرس و
سلمها فارغة لانه ليس لنهايتهما مدة معلومة فلو لم يقلعهما تتضرر بالارض مجرا اما اذا نقضت
مدة الاجارة وفي الارض زرع ولم يدرك حيث يترك باجر المثل في يده الى ان يستحصده لان لبلوغ
الزرع غاية معلومة فكان في التاخير باجر المثل مراعاة لحقين الا ان يغرم الموجر المستاجر قيمته مقلوعا
وان يتملكه هذا بمنزلة التفسير لقوله يغرم بلا رضاء المستاجر لان نقص القلع الارض لانه يتضرر الموجر
بنقصان ارضه فله ان يختار التملك بلا رضاء المستاجر لانه ضرر للمستاجر بعد ما اعطاه الموجر
قيمة البناء والغرس وان لا اي وان لم ينقص القلع الارض فبرضاءه اي يغرم الموجر للمستاجر ويعطيه
قيمة البناء او الغرس ويتملكه برضاء المستاجر لان البناء والغرس له ولما ولما لم ينقص القلع الارض
كان له ان لا يرضى بتملك الموجر ويقلع البناء والغرس او الا ان يرضى الموجر بتركه اي بترك البناء
او الغرس الارض لان الحق له فله ان لا ياخذه واذا تركه فيكون البناء او الغرس لهذا اي للمستاجر والارض
لهذا اي الموجر على تقدير رضاء الموجر بالترك للمستاجر ويقلع البناء او الغرس ان لم ينقص القلع الارض وهذا
ظاهر والرطبة كالشجر فاذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطبة تقلع الرطبة لانه ليس لانتهائها غاية
معلومة فصارت كالشجر واذا استاجر الدابة ليحمل عليها مقدارا معلوما وزاد على ذلك فعطبت وضمن
الحصة بالزيادة على حمل ما ذكر لان تلف الدابة بالثقل منقسم بعشرة اجزائه مثلا ماذون فيه
فانقسم عليهما وهذا ان اطاق مثل هذه الدابة مقدار هذا الحمل ويضمن كل القيمة ان لم تطق
مثل هذه الدابة هذا الحمل لانه خارج عن العادة فلم يكن ماذونا فيه **فصل** الاجارة الفاسدة
تفسدها شروط تفسد البيع وكل شرط مخالف لموجب العقد فهو مفسد للعقد لان الاجارة تنبنى على المضايقة
والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع مثل ان يستاجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء فالاجر عليه فهذا
الشرط مخالف لموجب العقد لان موجب العقد ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء

والحمل في موضع اما اذا ركب على الحمل فيضمن جميع القيمة وان اطاق الراكب والحمل جميعا واما اذا لم يطق فيضمن كل القيمة كما في العيني وغيره ١٢

كجهالة المدة والاجرة والعقود يقتضيه العقد كشرط ... كما في الاختيار وكشرط العشر وكري النهر والنائبة على المستاجر فان الكل عن الاجارة كما في المحيط فيجب عند فسادها اجر المثل اي اجر شخص مماثل له

المعقود عليه واذا ظهر الفساد فيجب على المستاجر اجر المثل لكن لا يزاد على المسمى اي الواجب
الاقل من المسمى واجر المثل وقال زفر والشافعي يجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان المنافع متقومة
عندهما فاذا تعذر ايجاب المسمى يجب المصير الى القيمة كما في البيع الفاسد ولنا ان المنافع غير متقومة
بنفسها وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس وقد اسقط المتعاقدان
الزيادة وصح اجارة كل شهر بكذا بلا بيان المدة في شهر واحد فقط وفسد في بقية الشهور
لانه لا يمكن تصحيح العقد على جملة الشهور لجهالتها ولا على ما بين الادنى والكل لعدم اولوية بعضها
فتعين الادنى واذا تم الشهر الاول لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة وكذا صح الاجارة
في كل شهر ان يسكن ساعة في اوله ولم يكن للموجر ان يخرجه الى ان ينقضي الشهر الداخل لانه
يتم العقد بتراضيهما بالسكنى في اول الشهر الثاني كان البيع يثبت بتراضيهما في التعاطي وهذا عند بعض
المتأخرين فاحين يهل الهلال كان لكل واحد منهما حق الفسخ فاذا مضى ادنى زمان لزم العقد وفي
ظاهر الرواية لكل واحد منهما حق الفسخ في الليلة الاولى من الشهر الداخل مع يومها لان ذلك راس
الشهر وفي اعتبار رؤية الهلال حرج وان سمى باجارة الدار كل شهر اول المدة بان قال اجرت من رمضان فذلك
اي المسمى اول المدة والا اي وان لم يسم اول المدة بان قال اجرت كل شهر بكذا فوقت العقد اي اول المدة
وقت العقد فان كان وقت العقد حين يهل الهلال اعتبر الاهلة في الشهور كلها لان الاهلة اصل
في الشهور والا اي وان لم يكن العقد حين يهل الهلال بل يكون في اثناء الشهر فالايام معتبرة في
كل الشهور فتعتبر في كل شهر ثلاثون يوما عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد يعتبر
الشهر الاول بالايام والباقي بالاهلة وهو رواية عن ابي يوسف ايضا فان اجر الدار مثلا في عاشر ذي الحجة
يقع الاجارة عند ابي حنيفة على ثلثمائة وستين يوما ويتكرر عيد الاضحى في السنة التي جعلها
المتعاقدان سنة اجارتهما كما اذا قال اجرت هذه الدار السنة التي هي ثلثمائة وستون يوما
فانه يتكرر عيد الاضحى في سنة الاجارة ولا استنكار فيه وانما المنكر تكرار عيد الاضحى في السنة
الشرعية وعند محمد الشهر الاول بالايام وهو ثلثون يوما فذو الحجة ان تم على ثلثين

قوله وانما لزم اجر المثل في الفساد بالغا ما بلغ ... لم يزد على المسمى في الفساد ... لان المنافع لا قيمة لها في نفسها عندنا وانما يتقوم بالعقد او شبهة فاذا لم يتقوم في نفسها وجب الرجوع الى ما تقومت به في العقد وسقط ما زاد عليها برضاهما باسقاطه واذا جهل المسمى وعدم التسمية وجب الموجب الاصلي وهو وجوب القيمة بالغة ما بلغت كذا ينبغي ان يقرر الكلام فان عبارات القوم مضطربة في هذا المقام كذا قاله في شرح منح الغفار شرح تنوير الابصار ١٢

قوله كل لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه ١٢ هداية

قوله فالايام معتبرة ونظيره العدة ...

يوما فالسنة يتم على عاشر ذي الحجة وان تم على تسعة وعشرين يوما فالسنة يتم على
عاشر ذي الحجة وان تم على تسعة وعشرين يوما فالسنة يتم على الحادي عشر ذي الحجة عيد الاضحى
كما ذكرنا كالعدة للطلاق في حق المراة التي ليست من ذوات الحيض وصح اجارة الحمام واخذ
اجرته لتعارف الناس وما فيها من الجهالة ساقط الاعتبار لمكان الضرورة و الحجام لانها اجارة
على عمل معلوم باجر معلوم وقوله عليه السلام ان من السحت كسب الحجام منسوخ فانه
عليه السلام احتجم واعطى الحجام اجرته ولو كان حراما لم يعطه اياها لانه كما لا يحل اكل
الحرام لا يحل دفعه الى غيره وصح اجارة الظئر معاومة بلا جر معين لان الحاجة ماسة
اليه الصغير لا يربى الا بلبن الادمية والام قد تعجز من الارضاع لمرض ونحوه فلا يحصل
المقصود الا باستيجار الظئر وصحت بطعامها وكسوتها عند ابي حنيفة وعندهما
وهو قول الشافعي لا يصح وهو القياس لان الاجرة مجهولة وله ان الجهالة انما تفسد
العقود لما انها تفضي الى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي الى النزاع لان العادة بين الناس
التوسعة على الاظار لا منفعة ذلك يرجع الى الاولاد وللزوج وطيها بحكم عقد النكاح لا في
بيت المستاجر لان البيت ملكه فله منع الزوج وله اي للزوج في نكاح ظاهر اي معروف بين الناس
فسخها اي فسخ الاجارة ان لم ياذن الزوج بها اي بالاجارة لان هذه الاجارة توجب خللا
في حق الزوج فيكون للزوج فسخ الاجارة ولا يكون للزوج فسخ الاجارة ان لم يكن النكاح معروفا
بل اقرت الظئر بنكاحه لان عقد الاجارة لزمها واقرارها بالنكاح غير مقبول في حق من استاجرها
ولاهل الصبي فسخها اي فسخ الاجارة ان مرضت الظئر او حملت لان لبن المريضة والحامل يضر
بالصبي وعليها غسل الصبي وغسل ثيابه واصلاح طعامه كالمضغ ودهنه لان العادة ان الظئر
تتولى ذلك وعلى ابيه الاجر اي اجر الظئر وثمنها اي الطعام والثياب والدهن فان ارضعته في المدة
بلبن شاة او غذته بطعام ومضت المدة فلا اجر لها لان الاجارة وقعت على الارضاع
وليس هذا ارضاعا ولم تصح الاجارة للعبادات كالاذان والامامة وتعليم القران

والفقه والمذهب عندنا ان كل طاعة يختص بها المسلم فالاستيجار على ذلك باطل وعند الشافعي
كل ما لا يتعين على الاجير اقامته فالاستيجار عليه صحيح ويفتى اليوم بصحتها لان المتقدمين في ذلك الزمان رغبة الناس
في التعليم حسبة لله ومروة المتعلمين في مجازاة الاحسان بالاحسان بلا شرط وفي زماننا قد زال المعنيان ففي الامتناع
عنه تضييع هذه الامور وفي مشائخنا يجبر الاب على دفع الاجر الى الاستاذ وكذا يجبر على الحلوة المرسومة وهو
بفتح الحاء المعجمة هدية تهدى الى المعلمين على رؤس بعض السور سميت بذلك لان العادة اهداء الحلاوى ولا تصح
الاجارة للمعاصي كالغناء والنوح وسائر المناهي كالمزمار والطبل لان الاستيجار على المعصية باطل ولا
يصح لعسب التيس وهو ان يوجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد
اخذ الاجرة ولا تصح اجارة المشاع الا من الشريك عند ابي حنيفة وزفر فيما يقسم وفيما لا يقسم وعند ابي يوسف
ومحمد والشافعي رح يجوز صورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك او يوجر
نصف عبده او نصف دابته وذكر في المغني ان الفتوى في اجارة المشاع على قول ابي يوسف
ومحمد رح ولا يصح اجارة الرحى ليطحن ببعض دقيقه مثل قفيز منه وهذا يسمى قفيز الطحان
وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا او ثورا
او رحى ليطحن حنطة هذه ببعض دقيق منها لان المسمى غير مقدور التسليم فان
المستاجر عاجز عن تسليمه وانما يصير مقدور التسليم بفعل الغير فلا يعد قادرا قبل حصوله
ونحوه مثل ما اذا دفع الى حائك غزلا لينسجه له بالنصف او الثلث او استاجر رجلا
ليحمل له طعاما بقفيز منه او استاجر حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه فهذه الصور
في معنى قفيز الطحان ولا يصح الجمع بين الوقت والعمل مثل ان يستاجر رجلا ليخبز له هذه
العشرة الامناء اليوم بدرهم او ليخيط له ثوبه اليوم بدرهم وهذا عند ابي حنيفة وعندهما
يصح لان المعقود عليه العمل وذكر الوقت للتعجيل ولو لم يفرغ في اليوم فعليه ان يعمل في الغد
ولو فرغ في نصف النهار فله الاجر كاملا وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يدل
على ان المعقود عليه المنفعة واذا وقت العمل يجب العمل بتسليم النفس اليوم

وان لم يعمل كما فى اجير الرجل الواحد وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل فلا يجب الاجر الا بالعمل وجهالة المعقود عليه يفضى الى المنازعة فانه اذا فرغ من العمل قبل مضى اليوم فللمستاجر ان يقول منافعك فى بقية اليوم حقى باعتبار تسميه الوقت وان استعملك اذا لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير ان يقول عند مضى اليوم قد انتهى العقد بانتهاء المدة وعن ابى حنيفة انه يصح الاجارة اذا قال فى اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف وهو لا يقتضى استيعاب المظروف

فصل الاجير المشترك من ان يكون عقده واردا على معلوم ببيان محله فالمعقود عليه فى حقه الوصف الذى يحدث فى العين فلا يحتاج الى ذكر المدة ويستحق الاجر بالعمل وله ان يعمل للعامة ولهذا سمى مشتركا كالقصار ونحوه كالصباغ والاسكاف والمتاع عنده ولا يضمن ما هلك فى يده عند ابى حنيفة وزفر والحسن بن زياد سواء هلك بامر يمكن التحرز عنه كالسرقة والغصب او بامر لا يمكن التحرز عنه كالغرق والحرق الغالب والغارة الغالبة المكابرة وقالا ان هلك بامر يمكن التحرز عنه يضمن وان شرط عليه الضمان وبه يفتى وهو قول الفقيه ابو الليث وقيل يضمن اذا شرط الضمان عليه لان الاجر فى مقابلة العمل والحفظ معا وصار كالوديعة التى يكون وفى الاسرار ان المتاخرين اختاروا الفتوى بالصلح على نصف القيمة بل يضمن ما تلف بعمله كتخريق الثوب بدقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل يشد به المكارى الحمل وغرق السفينة من مده وقال زفر والشافعى رح لا ضمان عليه لانه مأذون فى العمل ولنا انه مأذون فى العمل المصلح لا الاذن يثبت بالعقد والعقد على العمل المصلح الا انه لا يضمن الادمى ممن غرق بسبب السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه او قوده لان ضمان الادمى لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية الا ترى انه يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة ان لم يتجاوز العمل المعتاد فاذا تقرر وتجاوز المعتاد يضمن دية الادمى والاجير الخاص من يكون عقده واردا على منافعه ولا يصير المنافع معلومة الا بذكر المدة والمسافة ويستحق الاجر بتسليم نفسه مدته اى مدة الاجارة مع تمكنه من العمل وان لم يعمل اذا امتنع من العمل لم يستحق الاجر كالاجير المستاجر لرعى الغنم او للخدمة شهرا وقد يسمى اجيرا واحدا لانه لا يمكنه ان يعمل فى تلك المدة لغيره ولعلم اذا استاجر يرعى غنمه بدرهم شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترعى غنم غيرى فحينئذ يكون اجيرا واحدا

عنايه: المفضية الى المنازعة ١٢ باختياره وترتفع الجهالة منهما معلوم فتعين احدهما مختلفان بدرهمين وكل واحد في الحال ولكن انما عملان الجهالة المعقود عليه

وان ذكر المدة اولا بان استاجر شهرا ليرعى غنمه بدرهم فهو اجير واحد الا ان يقول ترعى غنم غيري
ولا يضمن الاجير الخاص ما هلك في يده بان سرق او غصب منه لان العين في يده امانة بالاجماع او هلك بعمله
بان انكسر القدوم في عمله او خرق الثوب من دقه لانه لما سلم نفسه صار عمله كعمل رب المال فكانه
فعل بنفسه فلا يضمن وهذا اذا لم يتعمد الفساد واما اذا تعمد الفساد يضمن بالتعدي وان ردد المستاجر
الاجر بترديد العمل بان قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطت روميا فبدرهمان
وقال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين صح جاز الشرطان ويجب اجر ما عمل
وعند زفر والشافعي لم يجز الشرطان ولكن يجوز اذا ردد بين ثلاثة اشياء وان ردد بين اربعة اشياء لم يجز
والاصل في جميع ذلك البيع والجامع بينهما دفع الحاجة غير انه اذا باع احد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار وفي
الاجارة لم يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بعمل فاذا شرع في احد العملين ارتفعت الجهالة وفي
البيع ليستحق الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة المفضية الى المنازعة على وجه لا يرتفع
الا باثبات الخيار وان ردد المستاجر في عمله اي في عمل الموجر اليوم او غدا بان قال للخياط
ان خطت اليوم فبدرهم وان خطت غدا فبنصف درهم صح الشرط الاول وفسد الثاني
فله اي للموجر ما سمى ان عمل اليوم فلو خاط اليوم فله درهم وله اجر مثله ان عمل غدا
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال الشافعي وزفر الشرطان
فاسدان لانه اجتمع في اليوم والغد تسميتان ففسد العقد كما لو قال ان خطت اليوم
فبدرهم ونصف درهم ولكن الغد اما في اليوم فلان المضاف الى الغد ثابت في اليوم لان ذكر
الغد للتوقيت لا للتعليق واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق في الغد لان ذكر اليوم
للتعجيل لا للتوقيت ولهما ان الثابت في كل واحد من الوقتين تسمية واحدة فيجوز العقدان
ولابي حنيفة ان العقد المضاف الى الغد لم يثبت في اليوم فلم يجتمع في اليوم تسميتان فلا يكون الاجر مجهولا
في اليوم والعقد المضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع في الغد تسميتان درهم ونصف درهم فيكون الاجر
مجهولا ولا يجاوز اجر المثل المسمى اي اجر المثل ان كان زائدا على نصف الدرهم لا يجب الزيادة لانه

ف قوله فان خطه فارسيا فدرهم لوجوب الاجر بالعمل وكذلك الحكم في الصبغ بزعفران و العصفر والورس وكذا في السكنى في هذه وهذه وفي المسافة الى سمرقند وبخارا وخراسان ولم يجز الزيادة على الثلثة كالبيع فالاطلاق لا يخلو عن شيء ١٢ قهستاني

ف كما اذا قال ان خاط اليوم فله درهم وان غدا فنصف درهم

ف كما اذا قال ان خاط اليوم فله درهم وان غدا فنصف درهم ١٢ قهستاني

ف اي نصف درهم وان كان الاجر ... لا يجاوز درهما والاول ... ولا ينقص عن نصف درهم لان الاجارة فاسدة و ... المسمى في الغد نصف درهم ... اذا اجتمع ... لو فصل ... ان يقول ... عنايه

هو المسمى فى الغد ولا يسافر بعبد استاجر للخدمة الا بشرط ذلك لان خدمة السفر اشق من خدمة
الحضر **فصل** تفسخ الاجارة بعيب اخل بالنفع لان المعقود عليه فى الاجارة المنافع فصار
كما اذا وجد العيب فى المبيع كدبر الدابة ومرض العبد ولا تنفسخ الاجارة ولكن للمستاجر حق الفسخ
فلو انتفع المستاجر بالمعيب او زال العيب سقط خياره اى خيار المستاجر وتفسخ الاجارة
بخيار الشرط كمن استاجر دارا على انه بالخيار ثلثة ايام فشرط الخيار يصح له حق الفسخ و
يعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وعند الشافعى رح لا يصح شرط الخيار فى الاجارة
وبخيار الرؤية وتفسخ بالعذر عندنا خلافا للشافعى وهو اى العذر لزوم ضرر لم يستحق بالعقد
كسكون وجع ضرس استوجر بقلعه فانه لو لم يفسخ العقد يقلع السن الصحيح وفيه ضرر ولحوق دين
بعيان او ببيان من الموجر او اقرار لا يقضى ذلك الدين الا بثمن ما اجر فان من اجر دكانا ثم افلس ولزمه
دين ولا مال له سوى فهذا عذر يفسخ به الاجارة لان فى ابقاء العقد ضررا بالعاقد وهو الحبس فى الدين
وسفر مستاجر عبد للخدمة مطلقا فان الاستيجار للخدمة مطلقا مقيد بالخدمة فى الحضر عرفا
او فى المصر فان قال مالك العبد لا تسافر به فللمستاجر ان يفسخ الاجارة وان اراد المستاجر
ان يخرج العبد فللمالك الفسخ اما ان رضى المالك بخروج العبد فليس للمستاجر حق الفسخ و
افلاس مستاجر دكان فى السوق ليتجر فيه فهذا عذر وله ان يفسخ لانه استاجر للانتفاع
به فهو يتضرر بابقاء العقد بعدما افلس وافلاس خياط استاجر عبدا ليخيط معه فترك عمله
لانه عجز عن المضى على العقد بالافلاس فان قيل الخياط يتوصل الى الخياطة بالمخيط والمقراض
ولا يعجز عن اكتسابهما فكيف يتحقق افلاسه قلنا تاويل المسألة فى خياط يعمل لنفسه فى
ثياب نفسه ثم يبيع الثياب كما هو عرف اهل الكوفة لا الخياط الذى يعمل للناس على هذا
الخياط قد يعجز عن العمل بان يظهر خيانته عند الناس فيخافون عن معاملته وتسليم العمل
اليه وبداء مكترى الدابة اى من استاجر دابة ليسافر ثم ندم واراد ان يعود من سفره فهو عذر
فى فسخ الاجارة لان العقد من طرفه تابع لمصلحة السفر وقد يتعذر عليه السفر بهلاك اسبابه

اوبفوات مقصوده فربما يكون مقصوده الحج او طلب الغريم فذهب وقته او حضر غريمه او حصلت تلك التجارة بخلاف بدا المكاري فان العقد في طرفه ليس بتابع لمصلحة السفر لانه يمكن ايفاء المعقود عليه من غير سفر بان يبعث غلاما او تلميذه مع دوابه وبخلاف ترك خياطة مستاجر عبدا ليخيط وانما ترك ليعمل في الصرف فانه ليس بعذر لانه يمكن ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية من الدكان وهو يعمل الصرف في ناحية اخرى من الدكان اما لو استاجر دكانا ليبيع فيه الطعام فبدا له ان يقعد في السوق لصيارفة فهو عذر لان التجارة الاولى ربما يلحقه فيها خسران والعمل بالامرين بنفسه متعذر فيجعل عذرا وفي مسئلتنا العمل بالامرين ممكن لان العامل شخصان لا و بخلاف بيع ما اجره من اجر عبدا ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزم الضرر بالمضي على موجب العقد يفوته الاسترباح وانه امر زائد وتنفسخ الاجارة بموت احد المتعاقدين ان عقدها لنفسه وقال الشافعي رح لا تنفسخ بموتهما ولا بموت احدهما فان عقدها لغيره فلا تنفسخ لبقاء من انعقد له كالوكيل والاب والوصي ومتولي الوقف فان عقد الاجارة منتقل الى الغير فبموت هؤلاء لا ينفسخ الاجارة واما اذا مات احد المستاجرين او احد الموجرين ينفسخ الاجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر رح تفسخ في نصيب الحي ايضا لانه اجارة المشاع ولو كان الشيوع مقارنا للعقد يمنع صحة العقد فاذا طرا عليه الشيوع افسده ولنا ان شرط صحة العقد يشترط عند حدوث العقد لا عند بقائه ولو قال المالك لغاصب داره فرغها لي والا فاجرتها كل شهر بكذا درهما فسكت الغاصب ولم يفرغ اي الدار فسكوت الغاصب رضا بالاجارة ويجب عليه المسمى لان المالك اذا عين الاجرة والغاصب سكت ورضي انعقد بينهما اجارة شرعا اما اذا جحد الغاصب ملكه لا يجب شيء وان اقام المالك البينة بعد جحود الغاصب انه ملكه لانه اذا جحد ملكه لم يكن راضيا بالاجارة وكذا لا يجب شيء ان اقر الغاصب بملك المالك لكن قال لا اريد بهذه الاجرة وصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمساقاة والوكالة والكفالة والمضاربة وتفويض القضاء والامارة والايصاء اي جعل الغير وصيا والوصية والطلاق والعتاق والوقف مضافة فلا يصح

فلا يصح اضافتها الى الزمان المستقبل اربعة عشر كالمحرم اجرت هذه الدار من غرة رمضان الى سنة
بكذا فيكون مبتدأ الاجارة الوقت المستقبل لا البيع والاجارة بان باع الفضولي عبد رجل ففال المالك اجازه اجاعل
فقد اجزت البيع وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء العهد
فيصح اضافته وابراء الدين فما لا يصح اضافته الى الزمان عشرة

كتاب العارية

اصلها عورية فعلية منسوبة الى العار وهو اسم من الاعارة واخذها من العار اى العيب خطأ يقال استعرت
منه الشئ فاعارنيه واستعرته اياه على حذف الجار كذا فى المغرب قيل هو مشتق من التعاور وهو
التناوب كانه جعل للغير نوبة فى الانتفاع بملكه على ان يعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء وهى شرعا
تمليك نفع بلا عوض وقال الشافعى والكرخى هى اباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة وثمرة الاختلاف
تظهر فى اعارة المستعير وعندهما لا يجوز لانها اباحة وعندنا يجوز لانها تمليك فتمليك المنفعة بلا عوض
عارية وبعوض اجارة وتمليك العين بلا عوض هبة ومع عوض بيع وتصح العارية
باعرتك فانه صريح فيها ومنحتك هذا الثوب لان المنح فى الاصل ان يعطى الرجل للرجل
ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها فيحمل على العارية نظرا الى الاصل واطعمتك
ارضى فان الاطعام اذا نسب الى الارض يراد به اكل غلتها وحملتك دابتى فان الحمل هو الاركاب ويراد به
العارية عرفا واخدمتك عبدى فانه اذن فى استخدام عبده ودارى لك سكنى فدارى مبتدأ
ولك خبره وسكنى تميز اى سكنى دارى لك فيكون عارية ودارى لك عمرى سكنى فعمرى مفعول
مطلق بفعل محذوف تقديره اعمرتها لك والعمرى جعل الدار لاحد مدة عمره وسكنى
تميزه اى سكنى دارى لك فيكون عارية ويرجع المعير فى العارية متى شاء لقوله عليه السلام العارية مردودة
ولا يضمن المستعير العارية بلا تعد ان هلكت سواء هلكت من استعماله او لا من استعماله
وقال الشافعى رح ان هلكت من استعماله المعتاد لم يضمن وان هلكت لا فى حال الانتفاع
يضمن ولا تؤجر العارية لانه غير لازم فى الاسلام والاجارة لازمة فان اجرها المستعير فعطبت ضمنه
المستعير للمعير ولا يرجع المستعير فيما ضمنه المعير على احد لانه ظهر بعد الضمان انه اجر ملك نفسه وعطبت

يرجع على المستاجر وضمن المغير المستاجر لانه قبض مال الغير بنفسه بغير اذنه ويرجع المستاجر على موجره اذا لم يعلم المستاجر انه كان عارية في يد الموجر دفعا للضرر عن نفسه وان علم بكونها عارية في يد الموجر لم يرجع عليه لانه لم يحبسه الغرور ويعار ما اختلف استعماله كما اذا اعار ثوبا للبس او دابة للركوب فان الناس يتفاوتون في اللبس والركوب فلبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس الصراف والبزاز وركوب العسكري لا يكون كركوب السوقي او لا يختلف استعماله كما اذا اعار دابة للحمل ففي هذين الوجهين للمستعير ان يعيره ان لم يعين المعير منتفعا به ويعار ما لا يختلف استعماله وان عين منتفعا به فالصور الاربعة احدها ما اختلف استعماله ولم يعين ما ينتفع به والثاني ما لا يختلف استعماله ولم يعين والثالث ما لا يختلف استعماله وعين ففي هذه الصور يجوز للمستعير ان يعير العارية لغيره والرابع ما اختلف استعماله وعين من ينتفع به ففي هذه الصورة لا يجوز للمستعير ان يعير العارية من غيره وكذا اي مثل اعارة المعار اعارة الموجر فاذا استاجر شيئا ففي ثلث صور من الصور المذكورة يجوز للمستاجر ان يعيره وفي الصورة الواحدة لا يجوز كما ذكرنا في العارية وقال الشافعي ليس للمستعير ان يعير وهو بناء على ما مر ان الاعارة اباحة المنافع عنده والمباح له الطعام لا يقدر ان يبيح لغيره وعندنا الاعارة تمليك المنافع والمالك يملك التمليك من الغير فالمستعير لما ملك المنافع كان له ان يملكها غيره فمن استعار دابة مطلقا لم يسم شيئا او استاجرها مطلقا له ان يحمل ويعير له اي غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه لما اطلق فله الخيار وايا من الركوب والاركاب فعل المستعير والمستاجر تعين ويضمن بغيره اي لغير المعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره ولو اركب وهلك ضمن ولو ركب غيره ليس له ان يركب بنفسه حتى لو فعل ذلك وهلك ضمن لان تعينه كتعين المالك ولو عين المالك يضمن بالخلاف فكذا هاهنا وذكر في الذخيرة انما يعير لغيره اذا لم يركب بنفسه اما اذا ركب فقد اختلف المشائخ فيه قال بعضهم ليس له ان يعيره وهو اختيار فخر الاسلام البزدوي ولو اعار وقال بعضهم له ان يعير واذا اعار لا يضمن وقال شمس الائمة وشيخ الاسلام كذا في الابتداء لو ركب غيره ثم

اراد ان يركب بنفسه ففيه اختلاف المشائخ على ما ذكرنا وان اطلق المعير الانتفاع في حق الوقت والنوع انتفع المعير ما شاء اى نفع شيئا اى وقت شاء عملا باطلاق اللفظ وان قيد في الوقت والنوع فليس للمستعير ان يعدو ذلك عملا بالتقييد وضمن بالخلاف الى الشر كما اذا اعار دابة وقيد ان يحمل الحنطة فحمل الحديد فقط اى لا يضمن بالخلاف الى مثل وخير فالكلام في الانتفاع بالمستعار احدها ان تكون العارية مطلقة في حق الوقت والانتفاع فللمستعير ان ينتفع به اى نوع شاء وحين اى وقت شاء وثانيهما ان يكون مقيدة فيهما بان قيد بيوم ونص على منفعة فليس له ان يعدو ذلك الا ان يكون خلافا الى خير ومثل وثالثها ان يكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وفي هذين الوجهين يجري ما اطلق على اطلاقه وما قيد على تقييده وكذا اى مثل تقييد العارية تقييد الاجارة بنوع او قدر انه اذا وافق المستاجر او خالف الى مثل او خير لا يضمن وان خالف الى شر يضمن وردها اى رد الدابة المستعارة الى اصطبل مالكها تسليم فلو هلك بعد ذلك لم يضمن لانه رد العارية الى المربط وهو في يد المالك فكانه رده الى المالك فهذا استحسان والقياس ان يضمن لانه لم يردها الى مالكها او ردها مع عبده اى عبد المستعير او اجيره مسانهة او مشاهرة تسليم لان للمستعير ان يردها بيد من في عياله بخلاف الاجير مياومة او ردها مع اجير ربها اى مالكها فانه تسليم او مع عبده اى عبد رب الدابة سواء كان العبد يقوم على دابته او لا يقوم تسليم خبر لقوله وردها وقيل الرد مع العبد الذي يقوم على الدواب تسليم دون غيره والاول هو الصحيح ولو ردها مع اجنبي فهلك ضمن كرد مستعار غير نفيس الى دار مالكه فان مجرد هذا تسليم اما ان كان المستعار نفيسا كعقد لؤلؤ فلا بد من رده الى مالكه ولو رد الى دار المالك فهلك يضمن بخلاف رد الوديعة والمغصوب الى دار مالكهما لان الوديعة والمغصوب يرد الى المالك عرفا والعارية ترد الى دار المالك عرفا وعارية التقديرين والمكيل والموزون والمعدود المتقارب قرض لان العارية للانتفاع ولا يتاتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها فاقتضت تمليك عينها اوذا

غاصب فيضمن فان عاد الى الاقرار بعد الجحود لم يبرأ عن الضمان وان جحدها عند غير صاحبها لا
يضمن لانه من باب الحفظ وعن زفر يضمن او خلط المودع بماله حتى لا يتميز كخلط اللبن باللبن ضمن
واعلم ان الخلط على اربعة وجه خلط بطريق المجاورة مع تيسر التميز كخلط الدراهم البيض بالسود
والدراهم بالدنانير والجوز باللوز فانه لا يجب الضمان بالاجماع لتمكن المالك من الوصول الى عين حقه
بلا حرج وخلط بطريق المجاورة مع تعسر التمييز كخلط الحنطة بالشعير وذلك يقطع حق المالك ويجب الضمان
لان المتعسر كالمتعذر وقيل لا ينقطع عن المخلوط بالاجماع هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير
المخلوط ملك الخالط عند ابي حنيفة وفي الاستحسان ان لا يصير ملك الخالط وخلط الجنس بخلاف الجنس
ممازجة كخلط دهن اللوز بالزيت وكل مائع خلط بغير جنسه فانه يوجب الضمان ويوجب انقطاع حق
المالك بالاجماع وخلط الجنس بالجنس ممازجة ومجاورة كخلط دهن اللوز بجنسه او لبن بجنسه او الحنطة
بجنسها والدراهم البيض والدنانير بجنسه فعند ابي حنيفة هو استهلاك لا سبيل لصاحبه
الا بتضمن المودع وصار المخلوط ملكا له وعندهما للمالك الخيار ان شاء ضمن الخالط مثله
وان شاء يترك في المخلوط او تعدى المودع في الوديعة فلبس ثوبها او ركبها او حفظ الوديعة
في دار امر المودع به اي بالحفظ في غيرها اي في غير هذا الدار ضمن لان الدارين يختلفان
في الحرز والامن فصح الشرط او جهلها اي جهل المودع الوديعة عند الموت ضمنه لانه
يصير غاصبا وقوله ضمن جزاء لقوله فان حبسها وان ازال المودع التعدي بان نزك اللبس او
الركوب او ردها اي رد الوديعة الى دار امر المودع بالحفظ فيها ازال ضمانه فلو هلك بعد ذلك
لا يضمن وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان وان اختلطت الوديعة بمال المودع بلا فعله
كما اذا انشق الكيس في صندوقه فاختلط بدراهمه لا يضمن بعدم الصنع الموجب
للضمان اشتركا وهذه شركة اختلاط حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما ويقسم الباقي بينهما
على قدر ما كان لكل واحد منهما وان اودع رجلان عند رجل فحضر احدهما وطلب نصيبه لا
يدفع المودع الى احد المودعين قسطه بغيبة الآخر عند ابي حنيفة ولو ادفع ضمن نصيبه وقالا

لا يدفع اليه قسطه فمن المشائخ من قال الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال وفيما هو من ذوات
القيم سواء والصحيح ان الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال كالمكيل والموزون وما عداهما من الثياب و
الدواب والعبيد ليس للحاضر ان ياخذ نصيبه بالاجماع ولو اودع رجل عند رجلين يجوز لاحد
المودعين دفعها اى دفع الوديعة الى المودع الاخر فيما لا يصلح ان يقسم بان لا يبقى منتفعا به
بعد القسمة لان المالك رضى بذلك حيث يعلم انهما لا يجتمعان على حفظه اناء الليل والنهار
وله اى لاحد المودعين دفع نصفها فيما يصلح ان يقسم بان يبقى منتفعا به بعد القسمة لان المالك
يرض بذلك حيث يعلم تعذر اجتماعهما على الحفظ وقالا لاحدهما ان يحفظ الكل باذن الاخر فيما يقسم
ايضا واذا دفع الكل الى الاخر فيما يقسم ضمن دافع الكل لا قابضه اى قابض الكل لانه مودع المودع
وهو لا يضمن عنده ولا اعتبار للنهى عن الدفع الى من لا بد من حفظه اى اذا اودع وديعة
وقيل له لا تدفع لامرأتك او عبدك او ولدك او اجيرك وهم فى عياله ودفع الى من نهاه
عنه فهلك فان كان يجد بدا من الدفع اليه بان كان له اهل وخدم سواه فهو ضامن
وان كان لا يجد بدا من الدفع اليه فلا اعتبار للنهى وهذا لمن اودع دابته وقال لا
تدفعها الى غلامك او نهاه عن الدفع الى امرأته والوديعة تحفظ بايدى النساء والرجل لا يجد
بدا منها ولا اعتبار ايضا للنهى عن الحفظ فى بيت من دار حتى لو حفظها فيه لا فى بيت اخر
من الدار لا يضمن لان البيتين من دار واحدة قلما يختلفان فى الحرز فلا فائدة فى التعيين
الا ان يكون له اى للبيت الذى نهى عن الحفظ فيه خلل ظاهر فح صح الشرط فالتعيين ويضمن بالمخالفة
ولو اودع رجل وديعة فاودع المودع الى اخر من غير عياله فهلكت ضمن الاول لا الثانى عند
ابى حنيفة وعندهما يضمن ايهما شاء فان ضمن الثانى رجع على الاول لانه متعد بالتسليم بغير اذن المالك والثانى متعد بالقبض بغير اذن المالك
فله ان يضمن ايهما شاء وله ان المال وصل الى الثانى من يد امين فلا يضمن وهذا لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع ما لم
يفارقه لان الحفظ لا يفوت ما دام فى مجلسه فاذا فارق الاول من الثانى فانما يضمنه الاول بترك الحفظ
حين فارقه واما الثانى فما ترك الحفظ بل هو امين فصار هذا فى حقه كثوب هبت به

ومن الغاصب والمودع يرجع على الغاصب والمودع وانما يعلم انه غصبه كما فى العمادى ولفظ الغاصب مناسب فى هذا المقام

الريح فالقته فى حجره فلذا هلكت من غير صنيعه لم يضمن ولو اودع الغاصب المغصوب عند رجل وهلك فى يد مودع ضمن الغاصب منه اى شاء من الغاصب ومودعه

كتاب الغصب

وهو فى اللغة اخذ الشئ ظلما وقهرا مالا كان او غيره يقال غصب زوجة فلان وولده وسمى المغصوب غصبا تسمية المفعول بالمصدر وفى الشريعة اخذ مال احتراز عن الحر والميتة والدم فانها ليست بمال عرفا وشرعا متقوم احتراز عن الخمر والخنزير حيث لا تقوم لهما شرعا محترم احتراز عن مال الحربى علمنا اى ظاهرا الا على وجه الخفية احتراز عن السرقة بلا اذن مالكه احتراز عن مال الوديعة يزيل ذلك الاخذ يده اى يد المالك احتراز عن العقار فان الغصب عندنا ازالة يد المحقة باثبات اليد المبطلة وعند الشافعى رح ازالة يد المالك ليس بشرط بل اثبات اليد المبطلة كاف وثمرة الاختلاف تظهر فى زوائد المغصوب مثل ولد المغصوب وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لانعدام ازالة اليد لان يد المالك ليست بثابتة على هذه الزيادة فلا غصب فى العقار لان الغصب انما يتحقق فيما ينقل ويحول لا فى العقار لان ازالة اليد لا يتحقق فيه حتى لو اخذ عقارا فهلك فى يده بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الماء او اخذ دارا فانهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء لا يضمن عند ابى حنيفة وابى يوسف وقال محمد والشافعى رح وهو قول ابى يوسف اولا يضمن لانه اثبت يده عليه على وجه يتضمن تفويت يد المالك فيكون سببا للضمان كما فى المنقول ولنا ان الغصب لا يتصور فى العقار كما ذكرنا فلا يجب الضمان وهذا لان ازالة المحل عن يد المالك انما يكون بالنقل والتحويل وذلك لا يتصور فى العقار وانما يتصور منع المالك عنه وضع المالك تصرف فى المالك فصار كما لو ابعد المالك عن المواشى فان ذلك لا يكون غصبا حتى لو جلس المالك حتى ذهب مواشيه لا يضمن وما نقص من المغصوب بفعله اى بفعل الغاصب يضمنه بالاتفاق وذلك بان هدم بيتا او انهدم بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهن جدار الدار اما اذا سكن فى الدار وانهدمت لا بسبب سكناه وعمله فلا ضمان عليه واستخدام العبد غصب لانه بالاستخدام اثبت عليه يد التصرف

وذلك يوجب زوال يد المالك عنه لا جلوسه على البساط لانه لم يوجد النقل والتحويل فيه بل البسط
فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا ليده وحكمه الاثم لمن علم به
وان كان بدون العلم بان ظن بان المأخوذ ماله او اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه فلا اثم
عليه لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطأ والنسيان ورد العين على المالك ان كان قائما وهو الموجب
الاصلي وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابرأه عن الضمان حال قيام العين يصح
حتى لو هلكت بعده لا يجب الضمان ورد الغرم ان كانت العين هالكة في يده بفعله او بفعل غيره ويجب
رد المثل في المثلي ففيه مراعاة حق المستحق صورة ومعنى فكان اعدل من القيمة التي فيها مراعاة المعنى فقط
وهو المالية كالمكيل والموزون والعددي المتقارب مثل الجوز والبيض وعند زفر العددي
المتقارب يجب القيمة فان انقطع المثل عن ايدي الناس فقيمته اي فتجب قيمة المثلي يوم
يختصمان عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع
لان الغصب اوجب المثل خلفا ويصير الى القيمة للعجز عن اداء المثل وذلك بالانقطاع فيعتبر
قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف ان المثل لما انقطع التحق بما لا مثل له في وجوب القيمة فيعتبر
قيمته يوم الغصب ولابي حنيفة ان القيمة لا يكون مشروعا مع وجود احتمال المثل لانه خلف عنه
ولا ينقطع احتمال المثل بالانقطاع بل بالخصومة والقضاء ولهذا لو صبر الى مجيء اوانه كان له
مطالبة المثل ويعرف القيمة برأي ذوي البصيرة لانهم يعرفونها وان كان المثل معدوما و
منقطعا عن ايدي الناس ويجب في غير المثلي قيمته لانها المثل معنى يوم الغصب وقال مالك
يجب فيه مثله صورة من ذلك الجنس كالعددي المتفاوت مثل الثياب والدواب فان ادعى
الغاصب الهلاك حبس مدة حتى يعلم انه لو بقي لظهر لان الحق متعلق بالعين وللناس اغراض
في الاعيان فلا يقبل قوله في الهلاك حتى يحصل عليه غلبة الظن بالحبس وهذه الحبس مفوض
الى رأي القاضي ثم اذا لم يظهر بعد مضي المدة قضي عليه بالبدل وهذه المسألة تدل
على ان الاصل رد العين والقول فيه اي في بدل الغصب وهو القيمة للغاصب مع حلفه

لان المالك يدعى عليه الزيادة وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه ان لم يقم المالك حجة على
الزيادة وان اقام البينة على الزيادة تجب الزيادة فان ظهر المغصوب وقيمته اكثر مما
ضمن وقد ضمن الغاصب بقوله مع حلفه اخذه اى المغصوب المالك ان شاء ورد بدله
لانه لم يتم رضاه بهذا القدر حيث ادعى الزيادة وانما لم ياخذ الزيادة لعدم البينة
او امضى الزمان ان شاء واذا ظهر المغصوب وقيمته اكثر وضمن اى الغاصب لا بقوله
بل بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول الغاصب من اليمين فهو للغاصب ولا خيار للمالك
لانه رضى بالمبادلة بهذا حيث ادعى الزيادة وان ظهر المغصوب وقيمته مثل ما قضى الغاصب
او دونه فيما اذا ضمن بقول الغاصب مع يمينه فالمالك بالخيار فى ظاهر الرواية
وهو الاصح ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ويرد البدل وقال الكرخى
لا خيار له وان اجر الغاصب المغصوب او الامانة كالعارية والوديعة واخذ الاجرة او ربح
بالتصرف فيهما اى فى المغصوب او الامانة كما اذا غصب او اودع الفا فاشترى بها جارية
فباعها بالفين ثم اشترى بالفين جارية فباعها بثلاثة الاف ولكن اذا كان المغصوب
والامانة غير الدراهم والدنانير كالعروض مثلا تصدق بالاجرة وجميع الربح عند ابى حنيفة
ومحمد رح لانهما حصلا بسبب خبيث وهو التصرف فى مال الغير وعند ابى يوسف
لا يتصدق وعند الشافعى لا يملك الربح الا ان يكون اى المغصوب والامانة دراهم
او دنانير لم يشر اى لم يضف العقد اليهما بان قال اشتريت بالف درهم ونقد
من الف الغصب او الامانة او قال اشتريت بهذه الالف والحال انه غصب وامانة
ولكن نقد الف الغصب او الامانة او اشار واضاف العقد اليهما بان قال اشتريت بهذا
الالف والحال انه غصب او امانة ولكن لم يعط هذا الالف الغصب او الامانة بل نقد غيرهما
ففى هذه الصور لا يتصدق بالربح ويطيب وان غصب شيئا وغيره فزال اسمه واعظم منافعه
زال ملك المغصوب منه عنه وضمن الغاصب ويملكه لكن بلا حل الانتفاع به

قبل اداء بدله اى المثل والقيمة كذبح شاة وطبخها احترز به عما اذا ذبح ولم يطبخ فانه فات
اعظم المنافع وهو الدر والنسل ولكن لم يذكر اسم الشاة لانه يقال شاة مذبوحة وجعل صفرانا
فلو ابى المالك اخذ القيمة واراد اخذ اللحم المطبوخ اولا لم يكن له ذلك لان ملكه قد زال وهذا كله عندنا
وعند الشافعى وهو رواية عن ابى يوسف لم ينقطع حق المالك بخلاف ما اذا غصب الحجرين اى الذهب والفضة
وضربهما دراهم او دنانير او آنية فهما للمالك ولم يزل ملكه عنهما بلا شئ له للغاصب عند ابى حنيفة رح
وقالا يملكهما الغاصب وعليه مثلهما لتبدل الاسم والمقصود بالصنعة وله ان اسم العين
لم يتبدل لان اسم الذهب والفضة باق بعد الصنعة والمعنى الاصلى وهو الثمنية باق حتى
يجرى فيهما الربا ولو خرق ثوبا مغصوبا خرقا فاحشا وفوت بعض العين وبعض نفعه بان
كان يصلح الثوب قبل الخرق للقباء وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلا وانما يفوت به
بعض العين من حيث الظاهر اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شئ فصاحب
الثوب بالخيار اما ان ضمن الغاصب وطرحه اى الثوب المالك عليه اى على الغاصب واخذ كل قيمته
وكان الثوب للغاصب لانه مستهلك من وجه فانه لا يصلح لجميع ما كان صالحا له قبله او اخذه اى الثوب
وضمن الغاصب نقصها لانه تعيب من وجه لكون الثوب قائما حقيقة وفى الخرق اليسير وهو
وهو ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان ضمن الغاصب ما نقص واخذ
المالك ثوبا لان العين قائم من كل وجه ومن بنى فى ارض غيره او غرس فيها امر بالقلع والرد
وقيل له اقلع البناء والغرس وردها لان جعل ارض غيره مشغولة فيؤمر بتفريغها كما لو
شغل ظرف غيره بطعام وللمالك اى لمالك الارض ان يضمن له قيمة بناء او شجر امر بقلعه
لان حقه فى المقلوع ان نقصت الارض به اى بالقلع وان كان بلا رضاه لان البناء
والغرس تبع الارض فمراعاة صاحب الارض اولى ومعرفة قيمته مامورا بقلعه ان
تقوم الارض مع البناء او الشجر المامور مالكه بقلعه وتقوم وليس فيها هذا البناء او الشجر
فيفضل ما بينهما هو قيمة البناء والشجر المامور مالكه بقلعه ثم قيمة المقلوع اكثر من قيمة المامور

والبيسير لم يعتبر ذلك لان العين قائمة من وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له ان يضمنه النقصان واختلفوا فى الخرق الكثير واليسير فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما ينقص نصف لاستواء ... عينى

... المنفعة ١٢ ... يدخل فيه نقصان فى ... عينى

بقلعه لان مؤنة القلع صرفت الى المقلوع دون القائم فاذا زادت قيمة المقلوع بذلك فات
كان قيمة الارض مائة وقيمة البناء والشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم فبقي تسعة دراهم
فالارض مع البناء والشجر يقوم بمائة وتسعة فيضمن المالك التسعة وان حمر الثوب المغصوب
فمالكه بالخيار ان شاء ضمن قيمة الثوب ابيض وسلم الثوب للغاصب وقال الشافعي للمالك ان يمسكه يامر الغاصب
الصبغ عن ثوبه بالقدر الممكن ويضمنه نقصان الثوب ان نقص بذلك ثوبه واخذه وغرم
ما زاد الصبغ في الثوب لان صاحب الاصل فله الخيار في تمليك الوصف وان سود الثوب ضمنه قيمة الثوب ابيض وسلم
الثوب للغاصب او اخذه ولا شئ للغاصب عند ابي حنيفة لان السواد نقصان وعندهما التسويد
زيادة كالتحمير قيل هذا اختلاف عصر وزمان وابو حنيفة اجاب على ما شاهد في زمانه من عادة بني
امية فانهم كانوا يمتنعون من لبس السواد وهما اجابا على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني
العباس بلبس الثياب السود وان غصب عبدا وباع او اعتق ثم ضمن المالك قيمته نفذ البيع لا العتق
والفرق لان الملك للغاصب فيه ناقص لثبوته بعد اداء الضمان مستندا الى زمان الغصب والثابت
مستندا ثابت من وجه دون وجه والملك الناقص يكفي لجواز البيع لا العتق كملك المكاتب فانه
يملك البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه وزوائد الغصب سواء كانت متصلة كالسمن والجمال
او منفصلة كالولد والثمر والصوف واللبن امانة في يد الغاصب ولا يضمن ان هلك المذكورات
من الزوائد لانها ليست بمغصوبة لان الغصب ازالة يد المالك ويده ما كانت ثابتة
على الزوائد حتى يزيلها الغاصب وقال الشافعي رح زوائد المغصوب مضمونة الا بالتعدي
فيها بان اتلفها او ذبحها او اكل او باع وسلم او المنع من مالكها بعد الطلب حتى لو منع وله
المغصوبة بعد الطلب يضمن لتحقق التفويت بقصر يده عنه بالمنع واذا اتلف خمر المسلم او خنزيره
لا يضمن وهذه المسئلة على اربعة اوجه اتلاف المسلم خمر المسلم او خنزيره واتلاف الذمي خمر المسلم
او خنزيره واتلاف المسلم خمر الذمي او خنزيره واتلاف الذمي خمر الذمي او خنزيره
ففي الاولين لا ضمان على المتلف بالاجماع وفي الاخريين على المتلف الضمان عندنا خلافا
للشافعي

للشافعي رح فعنده لا ضمان في جميع الصور وكذا منافع الغصب لا تضمن سواء استوفى المنافع كما اذا سكن الدار المغصوبة او استعمل العبد المغصوب او عطلها لا شئ عليه وعند الشافعي يضمن سواء عطلها او استعملها وقال مالك ان استعملها يجب اجر المثل وان عطلها لا شئ عليه وفي فتاوى السراجي اذا سكن دارا معدة للغلة من غير استيجار يجب اجر المثل وعليه الفتوى بخلاف ما اذا اراق السكر بفتحتين هو النئ من عصير الرطب اذا اشتد وهو في الاصل مصدر فانه يضمن ويجب قيمة السكر لا المثل لان المسلم ممنوع من ان يتملك عنه لانه حرام والمنصف هو من ماء العنب اذا طبخ حتى يذهب نصفه وغلا واشتد وهو مضمون بالقيمة ايضا كما ذكرنا وبخلاف كسر المعزف وهو آلة اللهو كالطنبور والمزمار ونحوهما فيجب القيمة وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن وقيل الفتوى على قولهما في عدم الضمان لكثرة الفساد فيما بين الناس لان هذه الاشياء اعدت للمعصية فيبطل تقومها كالخمر فيما بين الناس فيجب ويضمن قيمته لكن لا للهو ففي الطنبور يضمن قيمة الخشب المنحوت وكذا في المزمار والامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي فانه يجب القيمة فيها غير صالحة لهذه الامور ومن حل قيد عبد الغير فابق العبد او فتح باب قفص طير فطار او باب اصطبل فخرجت الدابة وضلت لا يضمن لانه اعترض على الحل والفتح والاباق والاطيار فعل فاعل مختار فلم يضف التلف الى الحل والفتح وقال محمد يضمن ومن سعى بغير حق مثل ان ياتي بكلام كذب ويكون ذلك سبب اخذ المال فتكفيه المال يضمن الساعي وهذا عند محمد وبه يفتى وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يضمن الساعي واما اذا كانت السعاية بحق بان يؤذيه ولا يمكنه دفع الاذى الا بسعاية او كان فاسقا لا يمتنع بامر المعروف لا يضمن الساعي او قال مع حاكم يغرم البتة انه وجد مالا فغرمه يضمن واما اذا كان الحاكم عادلا لا يغرم او قد يغرم وقد لا يغرم فلا يضمن

كتاب الرهن

هو في اللغة جعل شئ محبوسا اي شئ كان وباي سبب كان والتركيب دال على الثبات والدوام يقال رهنت الرجل الشئ ورهنته عنده

والرهن المرهون تسمية بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن والرهين والرهينة الرهن وفي الشريعة حبس مال متقوم بحق يمكن اخذه اى الحق من هذا المال كالدين فلا يصح الرهن الا بدين واجب ظاهرا وباطنا ويمكن اخذ الدين من المرهون بان يباع المرهون بخلاف العين كالامانات فان الرهن بها لا يصح لانه لا يمكن اخذها من المرهون فان الصورة مطلوبة فيها فلا يمكن اخذ الصورة من المرهون وينعقد بايجاب مثل بان يقول رهنتك هذه الشئ بالدين الذي لك علي وقبول وقيل الركن مجرد الايجاب والقبول شرط والظاهر ان القبول ايضا ركن لان من حلف لا يرهن بدون القبول ولكن لا يلزم الرهن بالايجاب والقبول فللراهن ان يرجع عن العقد وان لا يسلم الى المرتهن بل يلزم ان سلم الراهن الرهن وقبض المرتهن لقوله تعالى فرهان مقبوضة وقال بعض اصحابنا القبض شرط الجواز وقال مالك يلزم الرهن بالايجاب والقبول محوزا اى مقسوما احتراز عن رهن المشاع فانه لا يصح عندنا مفرغا عن ملك الراهن اى غير مشغول بحقه احتراز عن رهن دار فيها متاع الراهن بدون المتاع وعن رهن الارض بدون النخل متميزا اى لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كما لو رهن الثمر على الشجر دون الشجر فالتفريغ يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما ليس بمرهون حل فيه مجاورة كالمتاع في البيت او خلقة كالثمر على الشجر والتميز يتعلق بالحال في المحل فيجب انفصاله عما ليس بمرهون من المحل الذي اتصل بها خلقة اما لو كان اتصاله بالمحل المجاورة كالمتاع في البيت يصح رهنه ويلزم بالقبض والتخلية بين الرهن والمرتهن بان يضع الرهن في موضع يتمكن المرتهن من اخذه تسليم في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان التسليم لا يثبت في المنقول الا بالنقل والاول اصح كما ان التخلية تسليم في البيع لان حقيقة الاستيفاء يثبت بالتخلية واذا قبض المرتهن المرهون ضمن وقال الشافعي امانة ولا يسقط شئ من الدين بهلاكه وبه قال مالك رح باقل اى بالاقل من قيمته اى قيمة المرهون تارة ومن الدين اخرى فمن بيانية لا تفضيلية فلو هلك وهما اى الدين والقيمة سواء سقط دينه وصار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت

قيمته

قيمته اكثر من دينه فالفضل امانة وبقدر الدين صار المرتهن مستوفيا لدينه وفي
اقل اي اذا كانت قيمة الرهن اقل من الدين سقط من دينه اي بقدر الرهن ورجع المرتهن
على الراهن بالفضل بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط
دينه وان كانت قيمته خمسة عشر فالفضل امانة عندنا وعند زفر يرجع الراهن
على المرتهن بخمسة لان الرهن عنده مضمون بالقيمة ويحفظ الرهن كالوديعة اي للمرتهن
ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه واجيره مسانهة ومشاهرة لان عينه
امانة عنده والحفظ يكون بهؤلاء فيملك الدفع اليهم كما في الوديعة وان تعدى اي المرتهن في
الرهن ضمن جميع قيمته كالغصب لان الزيادة على قدر الدين امانة والامانة تضمن بالتعدي
ولا يصح فيهما اي في الوديعة والرهن رهن واجارة واعارة وايداع ولا يصح في الموجر الاول
اي الرهن ويصح الاجارة والاعارة والايداع ولا يصح في المعار الاولان اي الرهن والاجارة
ويصح الاعارة والايداع وقد نظم المصنف بالفارسية هذه المسائل شعر

موجر از رهن ميدار دور عاريت را موجر ومرهون مكن رهن ومودع قابل اين چار نيست
نيست كس را اندرين معنى سخن بشنو از صدر شريعة

ولا يبطل الرهن لو فعل المذكورات
من الرهن والاجارة والاعارة والايداع لان هذا تعدى المرتهن والرهن
لا يبطل بالتعدي لكن يضمن الراهن لو فعل المذكورات كما مر من قوله وان تعدى
ضمن كالغصب وجعل الخاتم في خنصره تعد فيكون ضامنا لانه مامور بالحفظ لا بالاستعمال
واليمنى واليسرى فيه سواء لان الناس يختلفون فيه تجملا وجعله في اصبع اخرى في
غير الخنصر حفظ وليس بتعد والاستعمال لان الخاتم لا يستعمل كذلك عادة واذا طلب
المرتهن دينه من الراهن امر المرتهن باحضار رهنه لان قبض الرهن استيفاء فلو امر بقضاء الدين
قبل احضار الرهن يحتمل ان يهلك الرهن فيصير المرتهن مستوفيا لدينه مرتين الا اذا وضع الرهن عند
عدل وكذا لو لم يكلف المرتهن باحضار الرهن لان الرهن لم يصر بيد المرتهن فلا يلزمه احضار ما ليس في يده وان المرتهن

عليه وعندنا فيه تعلق الدين بالعين استيفاء من عينها بالكلية وجعله اولى به وتقدمه على سائر الغرماء فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها

الرهن فيسلم اولا كل دينه حتى يتعين حقه كما تعين حق الراهن لتحقق التسوية ثم يسلم رهنه
كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وكذا امر المرتهن باحضار رهنه ان طلب المرتهن
دينه في غير بلد وقع العقد فيه ان لم يكن للرهن مؤنة حمل لان الاماكن كلها كمكان العقد فيما لا حمل له وان
كان له مؤنة باخذ المرتهن دينه ولا يكلف ولا يؤمر باحضار الرهن لان المرتهن عاجز عن
الاحضار والتسليم غير واجب عليه في بلد لم يجر العقد فيه ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك
الرهن ان طلب الراهن ذلك لان الرهن غائب فيحتمل هلكه وعلى اعتبار هلاكه لا يجب
قضاء الدين واذا حلف المرتهن قضى الدين ويجب عليه اي على المرتهن مؤنة
حفظه اي حفظ الرهن وذلك مثل اجر الحافظ واجر البيت الذي يحفظ فيه الرهن
وهذا لان المرتهن في الحفظ عامل لنفسه لانه يقصد به صيانة حقه عند التوى
بالجحود واجحاد الراهن ليتسارع الى قضاء الدين وعن ابي يوسف ان كراء المأوى
على الراهن ويجب على الراهن مؤنة تبقيته مثل نفقة الرهن وكسوته واجرة ظئر
ولد الرهن وسقي بستان وتلقيح نخله وجزازه والقيام بمصالحه وجعل العبد
الآبق على المرتهن اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كان قيمة الرهن اكثر
فجعل الآبق منقسم على الراهن والمرتهن فعلى المرتهن بقدر الدين المضمون وعلى الراهن
بقدر الامانة وكذا مداواة الجرح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية
منقسم على قدر المضمون من الرهن والامانة فما هو مضمون فعلى المرتهن وما هو
امانة فعلى الراهن والخراج على الراهن خاصة **فصل** لا يصح رهن مشاع
فيما يقسم وما لا يقسم سواء كان من الشريك او من الاجنبي وسواء كان الشيوع مقارنا
او طاريا بان رهن جميع العين ثم تفاسخا العقد في النصف ورده المرتهن هو الصحيح وعن
ابي يوسف ان الشيوع الطاري لا يمنع بقاء حكم الرهن وقال الشافعي يجوز رهن المشاع
ولا رهن تمر على نخل دونه اي دون النخل ولا رهن زرع ارض او نخلها اي نخل

الارض دونها اي دون الارض لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان بمنزلة
المشاع وكذا لا يصح رهن الارض دون النخلة او دون الزرع او رهن النخل دون الثمر و
روى الحسن عن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الاشجار يصح لان اسم الشجر على
منابت الارض ولهذا يسمى بعد القطع جزعا لا شجرا فكان استثناء للمنبت فكان
رهنا لما سوى المنبت من الارض وكان جائزا ولا يصح لرهن الحر وفروعه كالمكاتب
والمدبر وام الولد ولا بالامانات اي لا يصح الرهن بمقابلتها كالوديعة والعارية ومال
المضاربة ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض مضمون على القابض قدر
الدين وليس في الامانات ضمان والمبيع في يد البائع فان من باع شيئا ولم يسلمه
اي المشتري فرهن به شيئا لا يصح لانه اذا هلك المبيع ينفسخ البيع ويسقط الثمن
والقصاص اي اذا وجب عليه القصاص في النفس او دونها فرهن به شيئا لئلا يمنع من
القصاص لا يصح وان كانت الجناية خطأ صح الرهن لان الواجب هو الارش واستيفاءه
ممكن من الرهن وصح الرهن بعين مضمونة عند الهلاك بالمثل ان كان مثليا وبالقيمة
ان لم يكن مثليا كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد فيصح
الرهن بهذه الاشياء لانها مضمونة فان كانت قائمة وجب تسليمها وان كانت هالكة
وجب مثلها ان كان مثل وقيمتها ان لم يكن لها مثل وصح الرهن بالدين ولو كان موعودا
وذلك بان رهن شيئا ليقرضه كذا درهما فهلكت الرهن في يد المرتهن عليه اي على المرتهن
بما وعد اقراضه اي اذا هلك الرهن في يد المرتهن فللراهن على المرتهن المقدار الذي وعد
ان يقرضه وهذا اذا كان الدين الموعود متساويا بقيمة الرهن او اقل منه اما
ان كان الدين الموعود اكثر من قيمة الرهن يجب على المرتهن الدفع بمقدار قيمة
الرهن ولم يذكر المصنف هذا القسم لان الظاهر ان الدين لا يكون اكثر من قيمة
الرهن وصح الرهن برأس مال السلم وثمن الصرف وقال زفر لا يصح والمسلم فيه

ولزفر فيه روايتان فان هلاك الرهن برأس مال المسلم وثمن الصرف والمسلم فيه في المجلس
قبل الافتراق فقد تم عقد الصرف والسلم واخذ به المرتهن حقه اي استوفى رب السلم
المسلم فيه والبائع ثمن الصرف والمسلم اليه رأس مال السلم وهذا لان المجانسة بين الرهن والمسلم فيه
وثمن الصرف ورأس مال السلم ثابتة في المالية فتحقق الاستيفاء من حيث المالية لان الاموال
كلها جنس واحد فتحقق المجانسة فان قيل فعلى هذا ينبغي ان يصح الاستبدال في السلم فيه وثمن الصرف
ورأس مال السلم في جميع الصور لان المجانسة من حيث المالية ثابتة في جميعها فلا يحرم الاستبدال
مطلقا والحال انه لا يجوز الاستبدال في هذه الاشياء في غير صورة الرهن بالاتفاق
قلنا المجانسة اعتبرت في صورة الرهن دون غيرها لان المرتهن عند هلاك الرهن
يجعل مستوفيا عين حقه لا على وجه الاستبدال لان عين الرهن لا يكون مملوكا
للمرتهن ولهذا قلنا لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن وانما يصير
مستوفيا ماليته والاعيان في الرهن باعتبار صفة المالية جنس واحد وان افترقا
اي المتعاقدان في الصرف والسلم عن المجلس قبل نقد ثمن الصرف ورأس مال السلم
وقبل هلاك الرهن بطلا اي عقد الصرف والسلم لانه لم يوجد القبض في المجلس حقيقة وهو
ظاهر ولا حكما لانه يكون بهلاك فلا يثبت قبله ويتم الرهن بقبض عدل شرط وضعه
عنده اي اتفق الراهن والمرتهن على وضع الرهن عند عدل صح ويتم الرهن بقبضه
وقال ابن ابي ليلى لا يصح لان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ولهذا لو هلك
الرهن في يده ثم استحقه رجل يرجع العدل على الراهن دون المرتهن ولنا ان قبض العدل
كقبض المرتهن لان اليد في باب الرهن على الصورة يد امانة وعلى المعنى مضمونة
فكان يده على الصورة يد المالك في الحفظ وعلى المعنى وهو المالية يد المرتهن لان
يده يد مضمونة والمضمون هو المالية فنزل العدل منزلتهما تحقيقا لغرضهما ولا اخذ
لاحدهما اي الراهن والمرتهن منه اي من العدل لتعلق حقهما جميعا به ولو دفع الى احدهما

حكم اخيه ١٢ يعلم من حكم الرهن بخلاف ان مستوفى حكم رأس المسلم فيه وهو بالهلاك ايهم قابضا حكم الا والثاني يتم حقيقة ولا حكما فان الرهن لعدم القبض ف
نقايه

غير الثمن وفيه اشعار الى اشتراط كون العدل عاقلا بالغا لانه القادر على القبض ١٢ جامع الرموز

ع وفيه اشعار بان قيمة الرهن متساوية رأس المال وثمن الصرف ... شرح الوقاية

... الانفرد به ... الوضع فوضع وفيه ... العدل الى احدهما ... كما في الذخيرة ١٢ نقايه

بضمنه وهلکه معه ای مع العدل هلک رهنا لان یده فی حق المالیة ید المرتهن والمضمون المالیة

فان وکل الراهن العدل او غیره کالمرتهن مثلا بیبعه اذا حل دینه صح التوکیل

فان شرط التوکیل فی صلب عقد الرهن فلیس للراهن ان یعزل ولم ینعزل الوکیل بالعزل

لانه تعلق به حق المرتهن وفی العزل ابطال حقه وکذا لا ینعزل اذا عزله المرتهن ولا ینعزل

بموت احدهما سواء کان الوکیل المرتهن او العدل او غیرهما الا بموت الوکیل فانه اذا مات الوکیل انقضت

الوکالة ولا یقوم وارثه ولا وصیه مقامه لان الموکل لم یرض برأی غیره وعن ابی یوسف رح ان وصی

الوکیل یملک بیعه وفی الذخیرة اذا مات العدل فی الرهن وقد کان وکیلا بالبیع فاوصی

الرجل بالبیع لم یجز الا ان یکون الراهن قال له فی اصل الوکالة وکلتک ببیع الرهن واجزت

لک ما صنعت فیه من شیء فیجوز لوصیه ان یبیعه ولا یجوز لوصیه ان یوصی الی ثالث

فان حل الاجل وابی الوکیل الذی فی یده الرهن ان یبیعه والراهن او وارثه غائب

اجبر الوکیل علی البیع وکیفیة الاجبار ان یحبسه الحاکم ایاما لیبیع فان لج بعد الحبس

ایاما فالقاضی یبیع علیه کوکیل بالخصومة ای اذا کان بین الرجلین خصومة فوکل المدعی

علیه رجلا بخصومته بطلب المدعی وغاب موکله واباها ای ابی الوکیل الخصومة فانه یجبر

علی الخصومة لان المدعی انما خلی سبیل الخصم اعتمادا علی ان وکیله یخاصم فلا یکون للوکیل

ان یمتنع منه ویلحق الضرر بالمدعی لان فیه ابطال حقه وان باع العدل الرهن فقد خرج

من الرهن لانه صار ملکا للمشتری فالثمن حینئذ رهن وان کان غیر مقبوض لقیامه

مقام ما کان مقبوضا فهلکه ای الثمن من مال المرتهن کهلکه ای کهلاک الرهن لبقاء عقد

الرهن فی الثمن لکونه قائما مقام المبیع ثم المرهون لو هلک یسقط الدین کذا هنا وهذا اذا کان

التوکیل مشروطا فی عقد الرهن فان کان بعد تمام العقد ذکر شمس الائمة السرخسی فی ظاهر الروایة لا

یجبر العدل علی البیع لان رضاء المرتهن قد تم بدونه وهو توکیل مستانف لیس فی ضمن عقد لازم

وعن ابی یوسف ان التوکیل علی البیع بعد الرهن یلحق باصل العقد فیصیر کالمشروط فیه قال شیخ

الاسلام خواهرزاده وفخر الاسلام هذه الرواية اصح **فصل** فی التصرف والخيانة فی الرهن وقف بيع الراهن اذا باع رهنه بغير اذن المرتهن لتعلق حقه ان اجاز مرتهنه او قضى دينه نفذ البيع وصار ثمنه رهنا وانتقل حقه فی الصحيح وعن ابی يوسف ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون رهنا فهو رهن والا لا يكون رهنا وان لم يجز المرتهن وفسخ البيع لا ينفسخ فی الاصح من الروايتين لان التوقف انما كان لصيانة حق المرتهن فی الحبس ولا يبطل حقه بانعقاد هذا الحق موقوفا واذا بقی موقوفا صبر المشتری الی فك الرهن فيسلم له المبيع لان المانع علی شرف الزوال او رفع الامر الی القاضی ان شاء ليفسخ القاضی البيع بحكم العجز عن التسليم فولاية الفسخ الی القاضی لا اليه وفی رواية ابن سماعة عن محمد ينفسخ البيع بفسخ المرتهن وصح اعتاقه ای اعتاق الراهن سواء كان موسرا او معسرا وتدبيره واستيلاده رهنه وقال الشافعی رح لا ينفذ الاعتاق اذا كان معسرا فان فعلها ای الاعتاق والتدبير والاستيلاد حال كونه غنيا ففی دينه حالا اخذ الدين المرتهن من الراهن ولا يضمن قيمة الرهن لانه لا فائدة فی تضمين القيمة مع حلول الدين وفی الدين المؤجل اخذ قيمته ای قيمة الرهن وتكون رهنا مقام الرهن الاول دفعا للضرر عن المرتهن الی محل اجله فاذا حل الدين اخذ حقه ان كانت القيمة من جنس حقه ورد الفضل وان لم يكن القيمة من جنس حقه ورد القيمة ويظهر الفائدة فی هذه الصورة وان فعلها الراهن حال كونه فقيرا ففی صورة العتق سعى المعتق للمرتهن فی اقل من قيمته ومن الدين فان الراهن اذا اعتق وهو معسر فان كان الدين اقل من القيمة سعى المعتق فی الدين وان كانت القيمة اقل سعى فی القيمة لانه لما تعذر وصول المرتهن الی حقه من جهة المعتق وجب الرجوع الی من ينتفع بالعتق وهو المعتق والمعتق انما ينتفع بمقدار ماليته ورجع العبد بما سعى علی سيده الراهن اذا صار غنيا لانه سعى فی دين سيده وقضاه والعبد مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه وفی صورة اختيه ای اختی العتق وهو التدبير والاستيلاد

سعى المدبر وام الولد للمرتهن فى كل الدين لان كسبها ملك السيد وقدرة الراهن على اداء
الدين بكسبها ولهذا لا رجوع للمدبر وام الولد على السيد اذا صار غنيا واتلافه اى اتلاف الراهن
رهنه فهو كاعتاقه حال كونه غنيا ان كان دينا حالا اخذ منه الدين وان كان مؤجلا اخذ
منه القيمة فيكون رهنا الى زمان حلول الاجل واجنبى تلفه ضمنه مرتهنه فالمرتهن هو الخصم
فى تضمينه فياخذ القيمة منه وكان الضمان رهنا معه وفى يده لانه احق بالمبدل فيكون
احق بالبدل ورهن اعاره مرتهنه راهنه ليخدمه او يعمل به عملا او اعاره احدهما باذن صاحبه
رجلا اخر اجنبى خرج من ضمان المرتهن وسقط ضمانه عنه لان الضمان عليه باعتبار قبضه
وقد زال ولكل واحد منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه لان
عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى الحال وليس من لوازم الرهن فولد المرهونة مرهون وليس بمضمون
بالهلاك وان مات الراهن قبل رده اى رد الرهن الى المرتهن فالمرتهن احق من سائر غرمائه لان حكم الرهن
باق فيه لان العارية ليست بلازمة وهذا بخلاف ما اذا اجر الرهن او باعه او وهبه احدهما
من اجنبى باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ولا يعود رهنا الا بعقد ولو مات الراهن
قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لان هذه التصرفات اوجبت حقا لازما
للغير فى المرهون فبطل به حكم الرهن ولم يتعلق بالعارية حق لازم ومرتهن اذن باستعمال
رهنه اى اذن الراهن المرتهن ليستعمل يكون عارية حال العمل ان هلك قبل ان يتخذ
فى عمله او هلك بعده اى بعد الفراغ من العمل ضمن المرتهن كالرهن لبقاء يد المرتهن
قبل العمل وارتفاع يد العارية بعده وان هلك حال عمله لا يضمن لان يد العارية غير
مضمونة واذا ثبت يد العارية بالاستعمال انتفى يد الضمان وصح استعارة شئ من
الغير ليرهن فان اطلق ولم يقيد بشئ يجرى عليه ويرهن بما شاء من قليل او كثير وعند
من شاء وفى اى بلد شاء لان المعتبر اطلق فالتقييد زيادة عليه فلا يجوز او قيد بجنس
او قدر او انسان او بلد يجرى عليه لان التقييد مفيد للتعيين فان خالف المستعير

وهلك الرهن ضمن تمام القيمة لانه تصرف بغير اذنه فصار غاصبا وللمعير الخيار ان شاء
ضمن المستعير وتم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فظهر انه رهن
ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن بما ضمن من القيمة على الراهن لانه مغرور من جهة
الراهن ورجع بالدين لانه انتقض قبضه فيعود حقه كما كان وان وافق بان رهنه
بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر وهلك عند المرتهن بطل المال
عن الراهن لان الاستيفاء قد تم بهلاك الرهن فقدر دين اى ضمن الراهن للمعير
قدر الدين او فاه منه وسقط عنه بهلاك الرهن لانه صار قاضيا دينه بهذا القدر
من مال المعير ولا يضمن تمام قيمته ان كان الدين اقل مثلا بان كان قيمة الرهن عشرة
فقد اخذ المرتهن كل الدين وضمن المستعير الدين الذى اوفاه اى العشرة لا الخمسة
وان كانت القيمة عشرة والدين خمسة عشرة فقد اخذ المرتهن كل دين فيضمن
المستعير الدين الذى اوفاه والعشرة ولا الخمسة فان كانت القيمة عشر والدين
خمسة عشر فقد اخذ المرتهن بعض الدين وهو عشرة وباقى الدين على الراهن ويضمن
المستعير قدر ما اوفاه وهو عشرة ولا يمتنع المرتهن من تسليم الرهن الى المعير اذا
قضى المعير دينه وفك رهنه لانه يسعى فى تخليص ملكه ويرجع المعير على الراهن بما ادى
الى المرتهن ولو هلك الشئ المعار للرهن مع الراهن قبل رهنه او بعد فكه لا يضمن لانه
لانه حفظ العين فى الحالين باذن المالك وبالهلاك قبل الرهن وبعد انفكاكه لم يصر
قاضيا شيئا من دينه بماليته والضمان انما يكون باعتبار استيفاء الدين منه ولم يستوف
وان اختلف الراهن والمعير وقد هلك الرهن فقال المالك هلك فى يد المرتهن وقال
المستعير هلك قبل رهنه او بعد ما فككه فالقول للراهن مع يمينه لان الضمان
باعتبار استيفاء منه وهو منكر وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تعلق به حق
المرتهن فيضمن الراهن ويكون الضمان رهنا عند المرتهن وجناية المرتهن

مال الانسان واعطى بدل بدله بنفسه ... ان تاخر التسليم عن العقد بالقول كما فى الكبرى ١٢

بلا تسليم الاترى انه لو قبض قبل الرهن لانه ضمن بالقبض لثبوت الملك بالتعاطى ويتم بتسليم ... ضمن قبل الرهن بالتسليم فتملك قبل الرهن ... صح الرهن ... لا يتاخر ... الملك عن الرهن ... المعار ويترتب عليه الاحكام ... الراهن وفى الاولى ملك الراهن ... المرتهن بالدين والضمان على ... والمرتهن بالقبض ... المستعير لتقدير بالتسليم ... تمامها

ای المرتهن ... لحق القبض بخلاف ما اذا تبرع اجنبى بقضاء دينه فان للمرتهن ان يمتنع عن دفع الرهن ... وفك رهنه وتخليص ملكه ... امتناع قبول ...

المستعير ... فالقاضى ... بالنصب ...

على

من الراهن على نفس ... المعار ... الضمان ...

على الرهن مضمونة ايضا وتسقط الجناية من دينه بقدرها اى بقدر ضمان الجناية
ان كان الضمان بصفة الدين بان كان الدين دراهم او دنانير اما اذا كان الدين
مكيلا فلا يسقط وجناية الرهن عليهما اى على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر
غير معتبرة عند ابى حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبر والمراد بالجناية على
النفس ما يوجب المال بان كانت الجناية خطا فى النفس او ما دونها واما جناية
الرهن على الراهن فغير معتبر بالاتفاق لان جناية المملوك على المالك فيما
يوجب المال هدر وهذا بخلاف الجناية الموجبة للقصاص اما على المرتهن
فغير مشكل واما على الراهن فلان المستحق به دمه والمولى من دمه كاجنبى
آخر ونماء الرهن كولده وثمره ولبنه وصوفه رهن حتى يستوفى الدين لكن
النماء ليس بمضمون ويهلك فى يد المرتهن بلا شئ حتى لا يسقط شئ من الدين بهلاكه
لانه لم يدخل تحت العقد معقودا وقال الشافعى النماء ليس برهن وبه قال مالك
وان هلك الاصل وبقى هو اى النماء فك النماء بقسطه بان يقسم الدين على قيمته
اى قيمة النماء يوم الفك وانما يعتبر قيمته يوم الفك لانه انما يصار له حصة من الضمان
بالفك فانه لو هلك قبل الفك هلك بغير شئ وقيمة الاصل يوم القبض لان الاصل دخل
فى ضمانه يوم القبض ويسقط من الدين حصة الاصل كما اذا كان الدين عشرة وقيمة
الاصل يوم القبض عشرة وقيمته يوم الفك خمسة فثلثا العشرة حصة الاصل فيسقط
وثلث العشرة حصة النماء فيفك النماء به وتبديل الرهن يصح مثل ان يرهن عبدا قيمته
الف درهم بالف ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف فكان الاول فالاول رهن حتى يرده على الراهن
والمرتهن فى الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الضمان فى الاول متعلق بالقبض والدين
فيبقى القبض والدين فاذا لم يجد الرد بقى الاول رهنا فى يده واذا بقى الاول رهنا لا يكون الثانى رهنا
لان الراهن لم يرض بجعلهما رهنا وانما رضى باحدهما فاذا رد الاول انتقض الرهن فيه وقام الثانى

مقام الاول والزيادة فيه اي في الرهن يصح بان رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة ثم زاد الراهن
ثوبا اخر ليكون رهنا مع الاول بعشرة ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه الزيادة قصدية
به فيقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض على قيمة الزيادة يوم قبضه لان حكم الرهن في الزيادة
انما يثبت بقبض المرتهن فيعتبر قيمتها حيث يثبت حكم الرهن كما يعتبر ذلك في قيمة الاصل حتى
لو كان قيمة الاصل يوم قبضه الفا وقيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة والدين الفا يقسم
اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين والزيادة في الدين لا اي اذا رهن
عبدا بالف وقيمته الفان ثم حدث للمرتهن دين اخر بالشراء والاستقراض فيجعلان
الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا بالدين
الحادث عند ابي حنيفة ومحمد بل يكون كل الرهن بمقابلة الرهن السابق وقال ابو يوسف
يجوز الزيادة ايضا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز فيهما ولو ابرأ المرتهن والراهن عن الدين
او وهب له ولو هلك الرهن في يد المرتهن بعد الابراء او الهبة ولم يمنع المرتهن الرهن
بعد طلب الراهن هلك بلا شيء ولا ضمان على المرتهن وهذا استحسان وقال زفر رح
يضمن قيمته للراهن وهو القياس لان القبض وقع مضمونا فبقي الضمان ما بقي القبض ولنا
ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين معا لانه ضمان استيفاء وذا لا يتحقق الا باعتبار الدين
وبالابراء او الهبة لم يبق الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما ولهذا
لو رد الرهن على الراهن بعارية ونحوها سقط الضمان لعدم القبض مع بقاء الدين كذلك
اذا ابرأ عن الدين سقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض اما اذا امتنع المرتهن بعد
الابراء والهبة الرهن بعد طلب الراهن ثم تلف في يده ضمن قيمته لان حق المنع لم يبق فصار
بالمنع غاصبا لا بعد القبض اي لو قبض المرتهن دينه بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك
الرهن في يده هلك بالدين ويجب عليه رد ما قبض الى من قبض منه وهو الراهن او المتطوع او بعد
الصلح اي في لو صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على شيء ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك

بالدين وبطل الصلح ويجب عليه رد بدل الصلح او بعد الحوالة اي لو احال الراهن المرتهن
بالدين على غيره ثم هلك الرهن هلك بالدين فيرد المرتهن ما قبض وتبطل الحوالة لان
الحوالة لا يسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه يقوم مقام ذمة المحيل فلهذا يعود الدين
الى ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا او كذا لو تصادقا اي الراهن والمرتهن على ان
لا دين له عليه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بالدين الذي زعما ان الرهن به في
الاصل يعني ياخذ الراهن من المرتهن بعد الهلاك الدين المظنون وجهه ان الرهن مضمون
بالدين او بجهته عند توهم الموجود كما في الدين الموجود وقد بقيت الجهة لانه يحتمل
ان يتصادقا على قيام الدين بعد ان يتصادقا على ان لا دين بخلاف الابراء لانه يسقطه
الدين اصلا وذكر شمس الائمة في المبسوط اذا تصادقا على ان لا دين بقي ضمان الرهن اذا كان
تصادقهما بعد ما هلك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين
ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا فاما اذا تصادقا على ان لا دين والرهن قائم ثم
هلك الرهن فان هناك يهلك امانة لان بتصادقهما قبل الهلاك ينتفي الدين من الاصل
وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين ذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي انهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن
اختلف المشائخ فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا

كتاب الكفالة

هي لغة الضم منه قوله تعالى وكفلها
زكريا اي ضمها الى نفسه وشرعا ضم ذمة الكفيل الى ذمة الاصيل في المطالبة الذمة العهدة لان
نقضه يوجب الذم ويفسر بالامان والضمان وكل ذلك متقارب ويسمى محل التزام الذمة بها في
قولهم ثبت في ذمتي كذا ومن الفقهاء من يقول هي محل الضمان في الوجوب وقيل هي معنى يعتبر
بسببه الآدمي على الخصوص اهلا لوجوب الحقوق له وعليه لا في الدين وقيل في الدين وهو قول
الشافعي رح فيصير الدين الواحد دينين والاول هو الاصح لان الدين بقي في ذمة الاصيل
كما كان فلا يتصور وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة
وقال مالك رح ان الاصيل يبرأ عن الدين بالكفالة كما في الحوالة وهي اما بالنفس

والمضمون بها احضار المكفول به وهو مذهب الشافعي وعندنا لا تصح وتنعقد
اي الكفالة بالنفس بكفلت بنفسه قال ابو حنيفة ومحمد الكفالة لا يتم بالكفيل وحده
سواء كفل بالمال او بالنفس ما لم يجد قبول المكفول له او قبول اجنبي عنه في مجلس العقد وقال
ابو يوسف ان الكفالة يتم بالكفيل وحده وجد القبول او لم يوجد وفائدة الخلاف تظهر فيما
اذا مات المكفول له قبل القبول فعند من يقول بالتوقف لا يوخذ به الكفيل او بما يعبر
عن البدن وهو ما يصح اضافة الطلاق اليه كجسده ورقبته ورأسه ووجهه او بجزء
شائع كنصفه وثلثه كما في الطلاق ولو كفل بيده او برجله لا يصح وكذا بضمنته او على
او الي اي انا مستلزم بتسليمه لان على للالتزام والي بمعنى على قال عليه الصلوة والسلام
من ترك مالا فهو لورثته ومن ترك كلا اي يتيما او عيالا فالي او على وانا به زعيم لان
الزعامة هي الكفالة او انا به قبيل فان الكفيل يسمى قبيلا ويسمى الصك قبالة لانه
وثيقة بالحق وان قال انا ضامن لمعرفته فهو باطل لان موجب الكفالة التزام
التسليم وهو ضمن لمعرفته دون التسليم وعامة المشائخ قالوا ولو قال فلان آشنای
من است او قال آشنای فلان بمن است يكون كفيلا وكانهم فرقوا بين العربية والفارسية
ولا جبر عليها اي على الكفالة واعطاء الكفيل في حد سواء كان في حد قذف او قصاص
هذا عند ابي حنيفة وقالا يجبر على اعطاء الكفيل في حد القذف والقصاص لان
الكفالة شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصل فصح الكفالة
به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى لانها محض حق الله
تعالى والكفالة شرعت وثيقة كيلا يفوت حقنا والله غني عن ذلك وفي
القصاص وحد القذف حق العبد وله قوله عليه الصلوة والسلام لا كفالة
في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبنى الحدود والقصاص على الدرء ويلزمه
اي الكفيل احضار المكفول به مطلقا من غير تقييد بوقت او في وقت عين احضار المكفول

به فى ذلك الوقت ان طلب المكفول له مطلقا او مقيدا رعاية لما التزمه فان احضره فبها
وان لم يحضره حبسه الحاكم لانه امتنع عن ايفاء حق عليه فصار ظالما ولو غاب المكفول به امهل الحاكم
للكفيل مدة ذهابه ومجيئه ويستوثق منه بكفيل وهذا اذا عرف مكانه وان وقع الاختلاف فقال الكفيل
لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف فان كان له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول
للطالب والا فالقول للكفيل وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل بعجزه ويبرأ الكفيل بموت من كفل
لانه عجز عن احضاره وكذا يبرأ الكفيل بتسليمه اى المكفول به حيث يمكنه اى فى مكان يقدر المكفول
له مخاصمته فيه بمصر سواء كان مصر كفله فيه او مصرا آخر وعندهما لا يبرأ بتسليم فى مصر
آخر وان سلم فى برّ او سواد لم يبرأ لا يقدر على المخاصمة لعدم حاكم يحكم فيهما ويبرأ الكفيل بتسليمه
اى بتسليم المكفول به نفسه اى المكفول له بجهة الكفالة بان قال سلمت نفسى اليك عن
الكفيل ولو لم يقل عن الكفيل لا يبرأ هنا اى فى مصر يمكنه المخاصمة وكذا يبرأ اذا سلم وكيل الكفيل
او رسوله لقيامهما مقامه بخلاف ما اذا سلم اجنبى لا يبرأ ولا يشترط قبول الطالب
التسليم لان الكفيل يبرأ نفسه بايفاء ما التزم فلا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق
كالمديون اذا وضع الدين بين يدى الطالب فانه لا يشترط قبوله وان شرط تسليمه
عند القاضى اى يبرأ بتسليمه حيث يمكن مخاصمته وبتسليم نفسه هنا وان شرط
تسليمه فى مجلس القاضى لان المقصود تسليمه على وجه يوصله الى حقه وقد حصل وقيل
فى زماننا لا يبرأ لان اكثر الناس فى زماننا يعينون المطلوب على الامتناع من الحضور
والانقياد لغلبة اهل الفساد فكان التقييد بمجلس القضاء مفيدا وان مات
المكفول له فلوصيه ان كان له وصى او وارثه ان لم يكن له وصى مطالبة الكفيل به
اى بالمكفول به لقيام الوصى او الوارث مقامه وان كان له على آخر وكفل رجل بنفسه
على انه ان لم يواف به اى ان لم يات به غدا فعليه المال صح الكفالتان اى الكفالة بالنفس
والكفالة بالمال فان لم يسلم النفس غدا ضمن المال لانه علق الكفالة بالمال بعدم الموافاة

وهذا التعليق صحيح لتعامل الناس به واذا لم يواف بنفسه حتى لزمه المال ولم يبرأ عن كفالة بالنفس اذ لا تنافي بين الكفالتين فكل واحد منهما للتوثيق حتى لو كفل بهما معا يصح وانما يبرأ اذا ادى المال لانه لم يبق للطالب على المكفول به شئ فلا فائدة في الكفالة بالنفس وقال الشافعي لا يصح الكفالتان اما الكفالة بالنفس فلانه مثل له ولا يقابل به بل بمانعه وبدافعه واما الكفالة بالمال فلانها سبب وجوب المال وتعليق سبب وجوب المال بعدم الاحضار لا يصح كالبيع واما في الكفالة بالنفس انه يقدر على تسليمه ببيان موضعه للطالب لان الكفيل يكون من معارفه ظاهرا فيقدر على تسليمه بنفسه او بالاستعانة باعوان القاضي اذ الظاهر انه يكفل بنفس من قدر على تسليمه وفي الكفالة بالمال انها يشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال ويشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل بما ادى عنه فكان مبادلة قلنا لا يصح تعليقها بمطلق الشرط كهبوب الريح عملا بشبه البيع ويصح بشرط متعارف كعدم الموافاة في وقت كذا عملا بشبه النذر وان مات المكفول عنه في هذه الصورة ضمن الكفيل المال لان شرط لزوم المال عدم الموافاة وقد وجد واما بالمال عطف على قوله اما بالنفس فتصح الكفالة بالمال وان جهل المال المكفول به اذا صح دينه نحو ان يقول كفلت بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع فان جهالة المكفول به لا يمنع صحة الكفالة لبنائها على توسع لانه تبرع ابتداء وهذا الضمان يسمى ضمان الدرك وهو ضمان الاستحقاق اي يضمن للمشتري رد الثمن اذا استحق المبيع والدين الصحيح لا يسقط الا باداء او ابراء وفيه احتراز عن بدل الكتابة ولا يصح الكفالة لثبوته في ذمة المكاتب مع المنافي لانه عبد ما بقي عليه درهم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا انه لحاجته الى العتق يثبت الدين فكان ثابتا في حقه لا في حق الكفالة وعلق الكفالة بشرط ملائم لها بان كان الشرط لوجوب المال نحو ما بايعت فلانا فانا ضامن من الثمن لا ما اشتريته فانا ضامن للبيع فان الكفالة بالمبيع لا يجوز او ما ذاب لك اي حق وجب مستعار من ذوب الشحم عليه اي على فلان او ما غصبك فلان فعلي ضمانه وانما فيه بفلان حتى يصير المكفول عنه معلوما لان جهالته يمنع صحة الكفالة

فلو قال ما بايعت من الناس او ما ذاب لك على الناس او غصبك احد شيئا فعلى ضمانه لم يصح وان
علق الكفالة بمجرد الشرط المحض بان كان غير ملائم فلا يصح الشرط اما الكفالة فصحيحة كان
هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا كفل به الى مجيء المطر او هبوب الريح يبطل الاجل وصحت
الكفالة لانها ليست من الاجل المتعارف بين التجار ما يصح تعليقها بالشرط فلا يبطل
بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق وان كفل بمالك واجب عليه ضمن قدر ما قامت
به بينة لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فتحقق ما عليه فيصح الكفالة وان لم يقم
بينة فالقول للكفيل في مقدار ما يعترف به مع يمينه في نفي الزيادة وينبغي ان
يحلف على العلم لان الحلف فيما يجب على الغير ليس على علم وصدق الاصيل في القدر الزائد
على نفسه فقط دون الكفيل لان الاقرار حجة قاصرة فيقتصر على الاصيل ولا يتعدى
الى الكفيل بخلاف البينة فانها حجة متعدية واذا طالب الدائن احدهما اي الاصيل و
الكفيل فله مطالبة الآخر ومطالبتهما معا وهذا بخلاف المالك اذا اختار
تضمين احد الغاصبين فانه ليس له ان يضمن الآخر لانه اذا ضمن احدهما
بالرضاء او بالقضاء فقد ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه وتمليكه من الآخر و
المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه
من احدهما صار الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا اختار تضمين
احدهما بلا رضاء ولا قضاء له ومطالبة الآخر وتصح الكفالة بامر الاصيل وبلا امره
لانه تصرف في حق نفسه بالتزام المطالبة فان امر الاصيل رجع الكفيل عليه اي بما ادى
بعد ادائه لانه ادى دينه بامره ويرجع عليه ولا يطالب الاصيل قبل الاداء وان لوزم الكفيل
بالمال لازم الاصيل حتى يخلصه وان حبس الكفيل حبسه ايضا لانه الذي ادخله في هذه العهدة
فيلزم تخليصه وابراءه اي ابراء الطالب وتاجيله اي تاجيل الطالب الدين عن الاصيل يسري الى الكفيل
فيبرئ الكفيل ويتأخر الدين عنه اذ الدين على الاصيل عندنا وعلى الكفيل المطالبة به

وهي تابعة للدين فكان من ضرورة سقوط الدين سقوط الفرع والتاجيل ابراء موقت فيعتبر
بالمؤبد لا عكسه اي ابراء الطالب الكفيل لا يسري الى الاصيل لان سقوط الفرع لا يوجب سقوط الاصل
وكذا التاجيل بخلاف ما لو كفل بالمال الحال موجلا الى شهر فانه يتأخر عن الاصيل وان صالح
الكفيل الطالب عن الف على مائة برئ الاصيل والكفيل عن تسعمائة اذ الصلح اضيف الى الالف
وهو دين على الاصيل فيبرء الاصيل ويبرء الكفيل ايضا ضرورة وان ادى الكفيل المائة
رجع على الاصيل بها ان كانت الكفالة بامره لان بالاداء يملكه ما في ذمة الاصيل فاستوجب
الرجوع وان صالح عن الالف على جنس آخر فبالالف اي يرجع الكفيل على الاصيل لانه
مبادلة تملك ما في ذمة الاصيل فيرجع بجميع الالف عليه فكان الطالب اشتراه بالالف
من الكفيل واحاله على الاصيل وان صالح الكفيل على جنس آخر او بالف عن موجب الكفالة
وهو مطالبة الكفيل لا يبرأ الكفيل ويكون للطالب حق المطالبة من الاصيل لان هذا
الصلح ابراء الكفيل عن المطالبة فلا يبرء الاصيل ولا يصح تعليق البراءة عنها اي عن الكفالة
بشرط مثل ان يقول اذا قدم زيد فانت برئ من الكفالة لان في البراءة عنها معنى التمليك
كسائر البراءات كما لو قال ان قدم فلان من السفر فانت برئ من الدين وهذا على قول من يقول
بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانه وسيلة
اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت على الكفيل المطالبة دون الدين فكان اسقاطا
محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد ابراء الكفيل ويرتد ابراء الاصيل برده ولا تصح الكفالة
بالحدود والقصاص لان كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا يصح الكفالة اذ الكفالة انما يصح بشيء مضمون
يجري النيابة في ايفائه ولا يجري النيابة في العقوبات لان الغرض من شرطها زجر العاصي عن المعاصي وهذا لا
يتحقق اذا اقيم على غير الجاني وهذا اذا كفل بنفس الحد فلو كفل بنفس من عليه الحد فقد سبق بيانه ولا بالمبيع
حتى لو كفل للمشتري عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك قبل القبض فعلي بدله اي قيمته لا يصح
لان المبيع مضمون بغيره وهو الثمن فانه لو هلك المبيع في يد البائع قبل القبض

لايجب على البائع شئ وانما يسقط حقه في الثمن وان كان المبيع مضمونا على البائع بسقوط حقه في الثمن لا بنفسه لايمكن تحقق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة في المطالبة ولا يتحقق الضم بين المختلفين فان ما يثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق الكفيل وما امكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لايمكن اثباته على الاصيل المراد الكفالة بالبيع اما الكفالة بتسليم المبيع بعد دفع الثمن الى البائع فتصح لتحقق معنى الضم في المطالبة فان الكفيل يطالب بتسليم المبيع كالبائع لكن لو هلك لايجب على الكفيل شئ كالاصيل بخلاف الثمن بان كفل للبائع عن المشتري بالثمن فانه يصح لانه دين كسائر الديون ولا بالمرهون بان كفل للراهن عن المرتهن به بمعنى انه لو هلك فعلى بدله اي قيمته لان المرهون عين مضمون بغيره وهو الدين فلا يمكن تحقق معنى الكفالة على ما ذكرنا في المبيع لو كفل بتسليم المرهون عن المرتهن الى الراهن بعد ما استوفى المرتهن الدين يصح ولا بالامانات لانها غير مضمونة كالوديعة والعارية والمستاجر ومال المضاربة ومال الشركة وعند ابي يوسف ومحمد رح العين في يد الاجير المشترك مضمونة فيصح الكفالة عندهما ولو كفل بتسليم المستاجر الى المستاجر يصح لان التسليم مستحق على الموجر ونقل عن ابي حنيفة ان الكفالة بالامانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة ومال الشركة لايصح اصلا اي لا بنفسها ولا بتسليمها والكفالة بالامانة واجبة التسليم كالعارية يصح بتسليم العين ولو هلك لايجب شئ فان عين العارية غير مضمونة لكن تسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من اخذ الوديعة صحيحة ولا تصح الكفالة بالحمل على دابة مستاجرة معينة لان المستحق تسليم تلك الدابة والكفيل عاجز عنه لانها ملك الغير وان كانت الدابة غير معينة صحت الكفالة بان المستحق هو الحمل ويمكنه الحمل على دابة نفسه وبخدمة عبد مستاجر كذا اي معين كما في الدابة ولا عن ميت مفلس اي اذا مات المديون مفلسا فتكفل عنه رجل للغرماء لم يصح

عند ابی حنیفة وعندهما یصح لانه کفل بدین واجب علیه فیصح کما فی حال حیوته وله ان ذمة
المیت قد ضعفت عن الاداء والدین فی الحقیقة فعل الاداء ولهذا یوصف بالوجوب
وبعد ما مات لا یتصور منه الاداء فیسقط الدین فی حق احکام الدنیا والکفالة
بالساقط لا یجوز اما اذا بقی منه مال تعلق الدین بماله فلا یسقط ولا یصح بلا قبول
الطالب فی المجلس وقال ابو یوسف رح اذا بلغه الخبر فاجاز یجوز وقیل یجوز عنده بوصف
النفاذ ورضاء الطالب لیس بشرط عنده والخلاف فی الکفالة بالنفس والمال الا فی مسئلة
واحدة وهی ما اذا قال المریض لوارثه تکفل عنی بما علی من الدین لغرمائی وکفل الوارث عن مورثه
فی مرضه مع غیبة غرمائه فانها یصح استحسانا بطریق الوصیة من المریض للوارث
بان قضی دینه ولهذا یصح وان لم یسم المریض الدین ورب الدین فان الجهالة لا یمنع صحة الوصیة
ولا بمال الکتابة حر کفل به او عبد لانه لیس بدین صحیح لثبوته مع المنافی لان المکاتب عبد ما بقی علیه درهم
والمولی لا یستوجب علی عبده دینا ولا العهدة ای من اشتری عبدا فضمن له رجل بالعهدة لا یبطل الضمان
لان العهدة اسم مشترك فقد یقع علی الصك القدیم لانه وثیقة بمنزلة کتاب العهدة وهو
ملك البائع فی یده ولا یلزمه التسلیم الی احد وقد یقع علی العقد لانها اخذت من العهد
والعقد والعهد سواء ویقع علی حقوق العقد وعلی الدرك وعلی خیار الشرط فتعذر العمل بها
قبل البیان فبطل الضمان والخلاص ای ضمن الخلاص بطل ایضا عند ابی حنیفة لان تفسیره عنده
تخلیص المبیع عن المستحق وتسلیمه الی المشتری وهو باطل لانه ضمن ما لا یقدر علی الوفاء
به ولو ضمن تخلیص المبیع او رد الثمن صح الضمان ویصح ضمان الخلاص عندهما مفسرا بضمان
الثمن ان عجز عن تسلیم العین وهذا کالدرك ولا یصح ضمان المضارب الثمن لرب المال
ای اذا باع المضارب مال المضاربة ثم ضمن الثمن لرب المال لا یصح لان حق القبض للمضارب
فلو صح الضمان صار ضامنا لنفسه ولا یصح ضمان الوکیل بالبیع ای اذا باع رجل لرجل ثوبا
بامره ثم ضمن الثمن عن المشتری للامر لم یصح لان حق مطالبة الثمن للوکیل فیصیر ضامنا

لنفسه ولا يصح ضمان احد البائعين حصة صاحبه من ثمن عبد باعاه بصفقة واحدة
لان الصفقة اذا كانت واحدة فالثمن يجب لهما مشتركا بينهما فلو صح الضمان فما يؤديه
الضمان يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان للضامن ان يرجع بنصيبه على الشريك
لان ما استحق بنصيب احدهما للاخر ان يشارك فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما
وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شئ ففي هذا ضمان
ابتداء وابطاله انتهاء وان باعا العبد صفقتين بان باع كل واحد منهما نصيبه
بعقد على حدة ثم ضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان وصح ضمان
الخراج لانه دين واجب عليه حتى يحبس به ويلازم لاجله ويطالب اشد المطالبة فاشبه
سائر الديون والمراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف
الامام كل سنة على ما يراه الامام لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض
فانها غير واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين والنوائب ان اريد بها ما يكون
بحق ككرى الانهار المشتركة نحو ان يقضي القاضي بكرى نهر مشترك بينه
وبين غيره شركة خاصة فابى واحد من الكرى واتفق شريكه بامر القاضي يصير
حصة الابي دينا في ذمته فيصح الكفالة بها وكذا اجر الحارس بين قوم مضمون يصح الكفالة
بها وكذا ما وظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت
المال عن المال او احتاج الى فداء اسارى المسلمين ووظف على الناس لانه واجب مضمون
يصح الكفالة به وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا اختلف المشائخ فيه قال
بعضهم لا يصح الكفالة بها لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل شرعا ولا شئ هنا
على الاصيل وقال بعضهم يصح لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون ولهذا قلنا ان من قام
بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان الاخذ ظالما في الاخذ والقسمة قيل هي النائبة
الموظفة الراتبة وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او شهرين او ثلثة اشهر والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب بلا حق اجنبيا

ويحتمل ان يقع وان لا يقع وقيل معناها اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع
الاخر عن ذلك فضمن انسان بها صح لان القسمة واجبة عليه وقيل المراد بالقسمة اجرة الكيال
الذي يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة وان كانت النوائب والقسمة بغير حق لما ذكرنا ومالا يجب
على عبد حتى يعتق حال على من كفل به مطلقا مال مبتدأ لا يجب صفته حال خبره اي اذا
اقر عبد باستهلاك مال وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة
بغير اذن المولى فضمن رجل هذه الاموال عن العبد مطلقا اي ولم يذكر الحلول والتاجيل
صحت الكفالة ويجب على الكفيل مال حالا اما صحة الكفالة فلانه كفل بدين مضمون على الاصيل و
اما الحلول فلان الدين على العبد حال لوجود سببه وانما لا يطالب العبد قبل عتقه
لمانع شرعي لان جميع ما في يده ملك سيده ولا مانع في حق الكفيل فيجب حالا وبطل
دعوى ضامن الدرك مثل ان يقول للمشتري انا ضامن الثمن ان استحق المبيع لانه
ترغيب للمشتري في الشراء فصار الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه لنفسه بعد ذلك
وبطل دعوى شاهد كتب شهادته شهد بذلك على صك الشراء وقد كتب فيه اي في الصك
باع ملكه او باع بيعا باتا نافذا ولا يصح دعوى بعد ذلك لان شهادته يكون اقرارا بان البائع باع
ملكه بيعا باتا نافذا فاذا ادعى الملك لنفسه يكون مناقضا والتناقض يبطل الدعوى بخلاف
شاهد كتب في صك الشراء شهد على اقرار العاقدين فانه لا يكون كتابة الشهادة على هذا الوجه اقرارا
بان البائع باع ملكه فيصح دعواه بعد ذلك

كتاب الحوالة

هي لغة اسم بمعنى الاحالة يقال احلت زيدا بما
كان له على رجل فاحتال زيد به على رجل فانا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محتال
عليه وقولهم للمحتال له محتال له لغو لان هذه الصلة غير محتاج اليها ويقال للمحتال عليه حويل وفي الشريعة اثبات دين الاخر على
اخر اي على المحتال عليه وفيه احتراز عن الكفالة على الوجه الاصح مع عدم الدين على المحيل بعده اي بعد
الاثبات فان الدين لم يبق بعد الحوالة على المحيل بل انتقل الى ذمة المحتال عليه وبرء
المحيل عن الدين واذا كان كذلك فهي بشرط عدم براءة كفالة وهذه اي الكفالة بشرط براءة

الاصيل حوالة فان المعتبر هو المعنى الا ترى ان الهبة بشرط العوض بيع وتصح الحوالة بلا دين
للمحتال على المحيل فان قيل فان احاله فقد اقر بالدين لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة
قلنا الحوالة تستعمل في التوكيل ويستعمل في نقل الدين فلم يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار
معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قوله مع يمينه ووجب القول بالادنى وهو التوكيل
فان قيل لو كان توكيلا ينبغي ان لا يشترط رضاء المحتال عليه قلنا هو توكيل من وجه فيعمل
بالشبهين وتصح به اي بالدين للمحتال على المحيل برضاهم اي برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه الذي
قبل الحوالة واما رضاء محتال عليه فلانه يلزمه الدين اما رضاء المحتال فلان الدين حقه والدين
ينتقل بالحوالة فلا بد من رضائه بها للتفاوت في الذمم واما رضاء المحيل وهو المديون فليس بشرط ذكره
في الزيادات لانه لا ضرر له في التزام المحتال عليه الدين بل فيه نفعه صورته ان يقول رجل
للطالب ان لك على فلان الفا فاحتل بها على فرضي بذلك الطالب صحت الحوالة ويبرئ الاصيل
وفي رواية القدوري رضاء المحيل شرط واختار في المتن هذه الرواية واذا تمت الحوالة فيبرأ المحيل
من الدين بقبول المحتال ولا يرجع المحتال على المحيل وقال زفر لا يبرأ المحيل كما في الكفالة ولا يقال
لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه ويبرء المحيل بالحوالة على الغير لما اجبر الدائن
على القبول اذا نقد المحيل كما لو تبرع انسان بقضاء دينه لانا نقول يحتمل عود المطالبة
الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا لان المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير
ان يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا وهو بهذا
الاداء قصد دفع الضرر عن نفسه حيث اسقط عن نفسه المطالبة والحبس حال
اعساره فلا يكون متبرعا الا ان يتوى حقه اي يهلك حق المحتال والتوى عند
ابي حنيفة باحد الامرين اما بموت المحتال عليه مفلسا ولم يترك كفيلا او يجحد المحتال
عليه الحوالة او حلفه منكر الحوالة ولا بينة للطالب عليها لان التوى ما يتحقق عند العجز
عن الوصول الى الحق ويتحقق العجز بكل واحد منهما وقالا بهذين ووجه ثالث بان

ع اي تصح برضاء المحيل والمحتال وفي الزيادات انما تصح بلا رضاء المحيل وصحح صاحب الهداية حيث لم يقم الدليل الا عليه كذا في الكرماني ١٢

ه اي الصاحبان ان التوى يكون بما هو عنده من الامرين المذكورين ١٢

فلسه اى حكم بافلاسه حال حيوته وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضى لا
عنده لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسى غنيا وبالعكس وعندهما يتحقق
وقال الشافعى ان لا يعود الحق الى ذمة المحيل وان توى وتصح الحوالة بلا شئ للمحيل على المحتال عليه
فاذا طلبه المحتال عليه بمثل ما احال فقال المحيل احلت بدين لى عليك ضمن المحيل مثل الدين
ولا يقبل قوله لتحقق سبب رجوع المحتال عليه لانه قضى دينه بامره وهو سبب الرجوع و
المحيل يدعى على المحتال عليه دين وهو ينكره والقول للمنكر وتصح الحوالة بدراهم
الوديعة اى من اودع رجلا دراهم واحال بها عليه رجلا آخر صح لان المودع وهو المحتال
عليه اقدر على قضاء مال الحوالة من الوديعة ولكن يبرء المحتال عليه بهلاكها اى هلاك
الوديعة بعد الحوالة اذ لم يمتنع عن التسليم عند الطلب لان المحتال عليه التزم الاداء
من دراهم الوديعة فان هلك برئ وكذا يصح بالدراهم المغصوبة التى غصبها المحتال
عليه ولكن لا يبرء المحتال عليه بهلاكها لانها فاتت الى خلف وهو الضمان وتصح بدين
للمحيل عليه اى على المحتال عليه والاصل فى جميع ذلك ان الحوالة نوعان مقيدة بدين
المحيل على المحتال عليه او بعين فى يده بغصب او وديعة او غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة ارسالا
ولا يقيدها بدين او عين او يحيل على رجل ليس عليه دين ولا فى يده عين كما يقول المديون لرب
الدين احلتك بالالف التى على على هذا الرجل فلم يقل ليوديها من المال الذى عليه او العين الذى عنده
من غصب او وديعة فلا يطالبه اى المحتال عليه فى الحوالة المقيدة الا المحتال لان الحوالة المقيدة
تتضمن امرين احدهما توكيل المحتال بقبض الدين والعين المحتال عليه والثانى امر المحتال عليه
ليسلم ما عنده الى المحتال فاذا اخذ المحيل ذلك من المحتال عليه تعلق حق المحتال به وليس للمحتال عليه
ان يدفعها الى المحيل فان دفع الى المحيل ضمن المحتال لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال وفى
الحوالة المطلقة للمحيل الطلب من المحتال عليه دينه ووديعته ايضا اى كما ان للمحتال
الطلب فلا تبطل الحوالة باخذ المحيل ما عليه اى على المحتال عليه من الدين او عنده من الغصب والوديعة

سواء

سواء كانت الحوالة مطلقة او مقيدة اما في المطلقة فظاهر واما في المقيدة فلانه ليس حق الاخذ

فاذا دفع اليه المحتال عليه دفع ما تعلق به حق المحتال فيضمن المحتال عليه للمحتال فلا تبطل الحوالة وتكره

السفتجة وهي بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا بطريق

اقراض ليدفع الى صديقه في بلد اخر وانما يدفعه بطريق الاقراض لا على سبيل الامانة لسقوط خطر الطريق

وقيل هي ان يقرض انسان مالا ليقضيه المستقرض الى المقرض في بلد اخر يريد به المقرض عليه ليفيد

سقوط خطر الطريق وانما سمي هذا القرض بها لان معه سفته محكم وفي هذا النوع من القرض احكام فان لم يكن

المنفعة مشروطة ولا كان فيه عرف ظاهر فلا باس به وهي معنى الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض

ولهذا اوردها في كتاب الحوالة **كتاب الوكالة** هي لغة بالكسر والفتح مصدر وكل منه ووكل بالبيع

فتوكل به اي قبل الوكالة والوكيل القائم بما فوض اليه والجمع الوكلاء وكانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول

اليه الامر اي مفوض اليه وفي الشريعة تفويض الانسان التصرف الى غيره واقام مقام نفسه و

شرطه اي شرط التفويض ان يملكه اي التصرف الشرعي الموكل بنفسه لان الوكيل يستفيد

ولاية التصرف منه ويقدر عليه من جهته ومن لا يقدر على شيء كيف

يقدر عليه غيره وقيل هذا قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله واما قول ابي

حنيفة رح فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل فاما كون الموكل مالكا للتصرف

فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد

وقيل المراد به ان يكون مالكا للتصرف نظرا الى اصل التصرف وان امتنع بعارض النهي وشرطه

ان يعقله الوكيل اي يعرف ان الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه

فلو وكل صبيا لا يعقل او مجنونا بطل التوكيل ويقصده اي يقصد بمباشرة السبب

ثبوت الحكم فلو تصرف هازلا لا يقع عن الامر ثم فرع على الشرائط المذكورة فقال فيصح

توكيل الحر البالغ والماذون اي الصبي العاقل الذي اذنه الولي او العبد الذي اذنه المولى

مثلهما اي مثل الحر البالغ والماذون فالاقسام تسعة لانه اما ان يكون الموكل حرا وهو ثلثة

لانه احال الخطر المتوقع على المستقرض فيكون في معنى الحوالة ١٢ عيني

توكيل الحر الحر وتوكيل الحر الصبي وتوكيل الحر العبد واما ان يكون الموكل صبيا ماذونا وهو ايضا
ثلثة توكيل الصبي حرا بالغا وتوكيل الصبي صبيا وتوكيل الصبي عبدا واما ان يكون الموكل عبدا ماذونا وهو ثلثة
ايضا توكيل العبد حرا وتوكيل العبد صبيا وعبارة المتن يشتمل جميع هذه الاقسام
فان تقدير الكلام صح توكيل الحر مثل الحر والماذون وتوكيل الماذون مثل الحر والماذون
بمعنى ايهما وقع صح ولا شك في شموله الاقسام فما قيل لو قال كلا منهما
لكان اشمل محل تامل وكانه حمل العبارة على ان المراد توكيل الحر مثله وتوكيل
الماذون مثله وانت تعلم انها اعم وصح توكيل الحر والماذون صبيا عاقلا وعبدا محجورين لان
كلا منهما اهل للتصرف حتى ينفذ تصرفهما بالاذن ولكن ترجع الحقوق اي حقوق
العقد الى موكلهما ولا ترجع اليهما لان في رجوع الحقوق اليهما ضررا بالصبي وبالسيد فلزم
الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور
له خيار الفسخ بكل متعلق بيصح اي صح التوكيل بكل ما يعقده الموكل بنفسه كالبيع والشراء
والاجارة والنكاح والطلاق والخلع والصلح والاعارة والاستعارة والهبة والصدقة
والايداع والرهن والارتهان والاقراض وكذا تقاضي الدين وبالخصومة في كل حق والشرط
ان يكون التوكيل بالخصومة برضاء الخصم فلا يصح التوكيل عند ابي حنيفة الا برضاء الخصم الا ان
يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا يصح التوكيل بغير رضاء الخصم وهو
قول الشافعي ثم قيل الخلاف في الصحة والصحيح ان الخلاف في اللزوم فعنده هي صحيحة غير لازمة حتى لا يلزم
الخصم الحضور والجواب بخصومة الوكيل وهذا يخالف حالة المرض والسفر فانه ليس للخصم حق المطالبة باحضار
الموكل للعجز عن الحضور والمريض اذا لم يمكنه الحضور بنفسه ويمكنه بركوب الدابة والحمل على ايدي الناس يلزم منه
توكيل بلا رضاء الخصم وان كان لا يزيده الركوب مرضا في الاصح واذا قال انا اريد السفر يلزم التوكيل
بلا رضاء الخصم لبطلان الموكل ومطلوبا ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم
قيل يلزم التوكيل والحقوها بالمريض والمتأخرون اختاروا الفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت

في اباء التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار
لصاحبه في التوكيل لا يقبل منه التوكيل الا برضاء صاحبه وصح التوكيل بايفائه اي باداء كل
حق واستيفائه اي قبض كل حق الا في استيفاء حد وقصاص لغيبة موكله لانهما يسقطان بالشبهات
فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة وقال الشافعي رح يستوفى القصاص في حال
غيبة الموكل ويجوز التوكيل باثبات حد السرقة والقذف والقصاص باقامة الشهود فاذا ثبت فللموكل
استيفاؤه وقال ابو يوسف انه لا يصح التوكيل باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود
ايضا وقول محمد رح مضطرب والاظهر انه مع ابي حنيفة رح وقيل هذا الخلاف في حال
غيبة الموكل اما في حضرته فهو جائز اجماعا والتوكيل باثبات حد الزنا وحد شرب
الخمر لا يصح اتفاقا وترجع الحقوق الى الوكيل لا الى الموكل في كل عقد يضيف الموكل الى
نفسه اي لا يحتاج فيه الى الاضافة الى الموكل مثل بيع وشراء واجارة وصلح عن اقرار فان
الوكيل في هذه العقود يكفي ان يقول بعت واشتريت واجرت واستاجرت وصالحت ولا يحتاج
الى ذكر الموكل فيسلم الوكيل المبيع في الوكالة بالبيع ويقبضه في الوكالة بالشراء ويقبض من مبيعه
ويجب عليه ثمن مشتراه فيطالبه ويسلمه ولو قال والثمن عطفا على المبيع بمعنى يسلم الوكيل
الثمن ويقبضه لم يحتج الى قوله ثمن مبيعه وعليه ثمن مشتراه ويخاصم في الرجوع عند الاستحقاق
اذا استحق المبيع من المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ويخاصم في العيب اذا باع ويخاصم فيه اذا
اشترى وكذا يخاصم في شفعة ما اشترى وهو اي المبيع في يده اي في يد الوكيل بخلاف ما اذا سلمه الى
الموكل واعلم ان الحقوق نوعان نوع يكون للوكيل كقبض المشتري اذا كان وكيلا بالشراء ومطالبة ثمن المبيع
اذا كان وكيلا بالبيع والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق ففي هذا النوع للوكيل ولاية هذه
الامور لكن لا يجب عليه فان امتنع لا يجبره الموكل على هذه الافعال ونوع يكون الحقوق
على الوكيل كتسليم المبيع وتسليم الثمن ونحوهما ففي هذا النوع يكون الوكيل مدعى عليه فللمدعي
ان يجبره على ذلك ويثبت الملك في باب الوكالة بالشراء للموكل ابتداء اعتبارا بالتوكيل السابق

قوله يقال اذا كانت الحقوق في هذا الفصل راجعة الى الوكيل كان ينبغي ان يعتق قريبه اذا اشترى بالوكالة ... فاجاب عنه اي في ابتداء الامر خلافا ... الوكيل اصل في حق ... ١٢ عيني

قوله فان الوكيل نائب في حق الملك اصيل في حق الحقوق

والاول عند القاضي ابي زيد وهو المختار عند ابي طاهر الدباس

وهو الاصح كما في النهاية وغيره ١٢ قهستاني

هذا هو الصحيح وقيل يثبت الملك للوكيل اولا ثم ينتقل عنه الى الموكل فكانه جرى عقد
بينهما وان لم يكن ملفوظا بل مقتضى للتوكيل فلا يعتق قريب وكيل شراؤه لانه لم يملكه
وهذا على تقدير ثبوت الملك ابتداء ظاهر اما على تقدير ثبوت الملك للوكيل ابتداء
فلا يعتق ايضا لانه يثبت للوكيل ملك غير متقرر بل ينتقل الى الموكل وترجع الحقوق الى الموكل
في كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله مثل نكاح فانه لو اضاف الى نفسه كان النكاح له وخلع
وصلح عن انكار وعن دم عمد وعتق على مال وكتابة وصدقة وهبة واعارة وايداع
ورهن واقراض وكذا الاستعارة والاستيجار والاستيهاب والارتهان فالحكم والحقوق
كلها يتعلق بالموكل وكذا الوكالة بالشركة والمضاربة اما التوكيل بالاستقراض فلا يصح ولا
يثبت الملك فيما استقرض للموكل الا اذا بلغ على سبيل الرسالة ارسلني اليك فلان ويستقرض
فحينئذ يثبت الملك للمستقرض والفرق بين الصلح عن اقرار وانكار ان الاول كالبيع فيلزم
تسليم البدل على الوكيل واما الثاني فهو فداء يمين في حق المدعى عليه فالوكيل به سفير محض
ولا يرجع الحقوق اليه فمعنى اضافة الصلح عن الانكار الى الموكل ان حقوقه يرجع الى الموكل في
المعنى فان زيدا اذا ادعى دارا على عمرو فوكل عمرو وكيلا على ان يصالح على مائة فيقول زيد
صالحت عن دعوى الدار على عمرو بالمائة ويقبل الوكيل هذا الصلح يلزم على عمرو تسليم
المائة لا على الوكيل فالصلح في المعنى مضاف الى عمرو ولهذا يكون الوكيل سفيرا محضا
ولا يلزم عليه شئ وكانه قال صالحت من جهة عمرو الا ترى ان الوكيل في البيع اذا اضاف
البيع الى الموكل بان قال بعت له ترجع الحقوق الى الوكيل لا الى الموكل وان اضاف العقد اليه
لفظا لانه في المعنى غير مضاف فلا يطالب وكيل زوج بالمهر بناء على ان حقوق النكاح لا
ترجع الى الوكيل وكذا لا يطالب وكيلها اي وكيل الزوجة بتسليمها وكذا لا يطالب ببدل الخلع ان وكل
بالبيع فباع الوكيل وطالب الموكل المشتري بالثمن للمشتري منع الثمن من موكل بايعه لان حق القبض
للوكيل والموكل كالاجنبي عن حقوق العقد فان دفع المشتري الثمن اليه اي الموكل صح اذ الثمن

قوله في عقد ليس فيه مبادلة ملك بملك كما في نكاح وخلع لان الوكيل فيهما سفير اي حاكي حكاية غيره فلا يلزم عليه شئ كما في الكفاية وغيره ١٢ نقاية

المقبوض حق الموكل لانه بدل ملكه ولا يطالب الوكيل المشتري بالثمن ثانيا لان الحق وصل الى مستحقه

فصل في الوكالة بالبيع والشراء

وان وكل رجلا بالبيع والشراء لا يصح بيع الوكيل وشرائه ممن ترد شهادته له عند ابي حنيفة لانه موضع التهمة مستثناة من الوكالات ويتهم بالعقد مع هؤلاء وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه وصح بيع الوكيل بالبيع مطلقا بما قل من الثمن او كثر والعرض وهذا عند ابي حنيفة لانه مأمور ببيع مطلق وقد اتى ببيع مطلق خال عن التهمة فيصح بيعه وقالا لا يصح بيعه بنقصان الا بما يتغابن الناس مثله ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير وهو قول الشافعي رح وصح بالنقد والنسية عندنا لان امره ببيع مطلق والتقييد بالثمن الحال يبطل صفة الاطلاق والبيع بالنسية معتاد بين التجارة كالبيع بالنقد وعند الشافعي لا يبيع الا بالنقد وصح بيع الوكيل نصف ما وكل ببيعه وهذا عند ابي حنيفة رح لان التوكيل مطلق وهو يتناول المفرق والمجتمع الا ترى انه لو بلغ الكل الثمن الذي باع به النصف جاز فاذا باع النصف به اولى ان يجوز وعندهما لا يصح الا ان يبيع الباقي قبل ان يختصما وصح اخذه اي اخذ الوكيل بالبيع رهنا بالثمن او كفيلا بالثمن لان حق الاستيفاء للوكيل والرهن والكفالة يوكدان الاستيفاء فيملكها الوكيل فلا يضمن اي الوكيل ان ضاع في يده لانه صار كانه استوفى الثمن لانه لو استوفى حقيقة ثم ان هلك في يده لا يضمن او توى ما على الكفيل بان يرفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل بنفس الكفالة ثم مات الوكيل مفلسا فتوى المال على الكفيل فلا ضمان على الوكيل ويقيد شراء الوكيل بمثل القيمة وبزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن في مثله وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح بين البيع والشراء ان الشبهة ممكن في الوكيل بالشراء لجواز انه اشترى لنفسه فلما لم يعجبه لغلاء الثمن اراد ان يجعله على الامر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الامر لانه

لايملك شراء لنفسه وهي اي الزيادة التي يتغابن ما يقوم به مقوم من المقومين وقيل قدر ما
ما يتغابن الناس في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده وانما وقع
التفاوت لان التصرف يكثر وجوده في العروض ويقل في العقار وفي الحيوان بين الامرين وكلما كثر التصرف قل الغبن
لكثرة الممارسة وتوقف شراء نصف ما وكل بشرائه على شراء الباقي وهذا بالاتفاق ايضا والفرق
لابي حنيفة بين البيع والشراء ان في الشراء يتحقق التهمة فلعله اشترى النصف لنفسه على ان الشركة
عيب اراد ان يحوله على الامر كما ذكرنا ورد مبيع على وكيل بعيب برده الوكيل على الامر لان الاصل ان الوكيل
بالبيع والشراء هو الخصم في العيب لانه من حقوق العقد فان كان العيب لا يحدث مثله كالسن الزائد
والاصبع الزائد ولا يحدث مثله في هذه المدة رده القاضي بغير بينة ولا يمين لعلمه يقينا بكونه
عند البايع وقد اشترط في الذي يحدث مثله ان يكون القضاء بالبينة او النكول والاقرار
فمعنى الاشتراط ان يشتبه على القاضي ان هذا العيب قديم لا او علم انه لا يحدث في مدة
شهر مثلا لكن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج القاضي الى هذه الحجج ليظهر التاريخ او كان عيبا
لا يعرفه الا النساء او الاطباء كالقرن في الفرج ونحوه وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة
ولكن لا يثبت الرد بقولهن فيفتقر الى هذه الحجج للرد حتى لو عاين القاضي تاريخ البيع والعيب
ظاهر لا يحتاج الى شيء منها فالرد على الوكيل رد على الموكل فاما اذا كان العيب مما يحدث مثله فان
رد بالبينة كان الرد على الوكيل ردا على الموكل لان البينة حجة في حق الناس كافة وكذا اذا رد
بالنكول لان الوكيل مضطر في النكول والموكل هو الذي اوقعه فيه فالرد على الوكيل رد على الموكل الا ان الوكيل اقر
بعيب يحدث مثله فالرد على الوكيل لا يكون الرد على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة فيظهر في حق المقر
دون غيره ولكن للوكيل ان يخاصم الموكل فيرد ببينة او نكول اذا كان الرد بقضاء القاضي باقرار الوكيل
وان كان المشتري رده بنفسه باقرار الوكيل من غير قضاء القاضي والعيب مما يحتمل الحدوث ولزم اي الوكيل ذلك ولا
يكون له ان يخاصم موكله بحال لان هذا فسخ بالتراضي فكان له حكم عقد جديد في حق الموكل فكان الوكيل اشترى من
المشتري وان كان العيب لا يحدث مثله والرد باقرار الوكيل لزم الموكل بلا خصومة في رواية وفي عامة الروايات

ليس له ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل وان باع الوكيل نسياء وقال قد اطلق الامر اى امرنى بالبيع
مطلقا وقال الامر لا بل امرتك بالبيع بنقد صدق الامر لان الامر مستفاد من جهة الامر فكان
القول له وفى المضاربة اذا قال رب المال للمضارب امرتك بالبيع بالنقد وقال المضارب لا بل دفعته مضاربة
ولم يعين شيئا صدق المضارب لان الاصل فى المضاربة الاطلاق والعموم ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم
النقد والنسية الى اى اجل كان عند ابى حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف حتى لو باع باجل
غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده خلافا لهما واذا وكل وكيلين لا تصح تصرف
احد الوكيلين وحده فيما وكلا به كالبيع ونحوه لان الموكل رضى برأيهما فاذا انفرد احدهما بطل
غرضه هذا اذا وكلهما بكلام واحد بان قال وكلتكما ببيع عبدى هذا او بخلع امرأتى اما اذا وكلهما
بكلامين لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف الا ان يوكلهما فى الخصومة فلاحدهما ان يخاصم دون
صاحبه لان المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القاضى عن الشغب ولا يشترط حضرة
صاحبه فى خصومته عند الجمهور وقيل يشترط ولكنهما لا يقبضان الا معا لان اجتماعهما على القبض
ممكن والموكل رضى بامانتهما معا لا بامانة احدهما وقال زفر رح لا يصح الانفراد بالخصومة والا فى
رد وديعة قيد بردها لانه اذا وكل وكيلين بقبض وديعة ليس لاحدهما ان ينفرد بالقبض
فقط وقضاء دين وطلاق وعتق لم يعوضا لان هذه الامور لا يحتاج الى الرأى فى التعبير المحض
عبارة الواحد كعبارة العدد ولا يصح بيع عبد او مكاتب او ذمى مال صغيره المسلم وشراءه للصغير
بماله اذ لا ولاية للعبد والمكاتب فى مال ولدهما الصغير ولا ولاية للذمى فى مال صغيره المسلم
ومن دفع الى اخر دراهم ووكل ان يشترى له طعاما فان الامر بشراء الطعام يقع على البر
فى دراهم كثيرة ويقع على الخبز فى دراهم قليلة ويقع على الدقيق فى دراهم متوسطة بين
القليل والكثير فمن واحد الى ثلثة قليلة ومنها الى خمسة او ستة او سبعة متوسطة
والقياس ان يتناول الطعام كل مطعوم لاطلاق الاسم ووجه الاستحسان ان الطعام متى
قرن بالبيع والشراء يراد به البر او دقيقه او خبزه قيل هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الخنطة يسمى

سويق الطعام فاما في عرف غير اهل الكوفة ينصرف الى شراء كل مطعوم وبعض مشائخ ماوراء
النهر قالوا الطعام في عرف ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فينصرف
التوكيل اليه دون الحنطة والدقيق والخبز قال صدر الشهيد وعليه الفتوى واذا لم يدفع الى الوكيل
شيئا وقال اشتر لي حنطة لم يجز على الآمر لانه لم يبين له المقدار وجهالة القدر في المكيلات والموزونات
كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمي له وفي امر متخذ الوليمة
يقع الطعام على الخبز فقط سواء كان الدراهم كثيرا او غيرها بدلالة القرينة والامر بشراء حمار يصح
اي التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية وانما الجهالة في الوصف
والامر بشراء دار يصح ان ذكر ثمنها ومحلتها لانها تختلف باختلاف الجيران والمحال اختلافا فاحشا
وبشراء شيء علم جنسه من وجه وذكر نوعه او ثمن عين نوعا لان الاصل ان الجهالة ثلثة انواع جهالة
فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة والرقيق فان تحت كل منها اجناسا
وهذا يمتنع صحة الوكالة وان بين الثمن وجهالة يسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء
الحمار والفرس والبغل وجهالة متوسطة وهي ما بين النوع والجنس كالتوكيل عبدا وامة
او دار فان بين الثمن او النوع يصح ويجعل ملحقا بجهالة النوع وان لم يبين الثمن والنوع
لا يصح ويلحق بجهالة الجنس اذا ثبت هذا فنقول يصح التوكيل بشراء فرس او بغل او حمار
وان لم يسم الثمن لان هذه جهالة النوع وهي يسيرة ويمكن دركها بالنظر الى حال الموكل ويصح
التوكيل بشراء عبد وامة او دار ان سمي لانه قلت الجهالة اذ لا يمكن دركها بحال الموكل
وان لم يبين الثمن لا يصح لانه يشتمل انواعا اما العبد فكان التركي والحبشي والهندي
والسندي والمولد وكذا الامة واما الدار فكما ذكرنا فان بين النوع كالتركي مثلا او ذكر ثمنا
علم به النوع يصح التوكيل لا يصح الامر والتوكيل ان فحش جهالة جنسه من كل وجه كالرقيق
فانه ينقسم الى ذكر وانثى وهما في بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد ثم كل منهما قد يقصد به
الجمال كالتركي وقد يقصد به الخدمة كالهندي وكذا الثوب والدابة فان الثوب يتناول

اجناسا شتى من الاطلس الى الكسماء والدابة فى اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفى العرف يقع على الفرس والحمار والبغل وان امر رجلا بشراء عبد بالف صدق الوكيل فى قوله اشتريت عبدا للآمر فمات عندى وقال الآمر بل اشتريت لنفسك ان كان دفع الآمر الثمن الى الوكيل لانه امين ادعى الخروج على عهدة الامانة والآمر يدعى الثمن عليه وهو ينكر الثمن والا اى وان لم يدفع الآمر الثمن فالآمر يصدق لان الوكيل اخبر عما لا يملك استينافه وهو الشراء وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر والقول للمنكر وهذه المسئلة على ثمانية اوجه لانه اما ان يكون الثمن منقودا او لا وكل وجه على وجهين لانه اما ان يكون مامورا بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون العبد حيا حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتا فان كان مامورا بشراء عبد بعينه فان اخبر بشرائه والعبد قائم حى فالقول للمامور اجماعا منقودا كان الثمن او غير منقود وان كان العبد ميتا اخبر فقال هلك عندى بعد الشراء وانكره الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول قول الآمر وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المامور اشتريته لك وقال الآمر هو عبدى فان كان الثمن منقودا فالقول للمامور وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند ابى حنيفة وعندهما القول للمامور وان كان العبد ميتا وهى مسئلة الكتاب فان لم يكن الثمن منقودا فالقول للآمر وان كان الثمن منقودا فالقول للمامور وللوكيل بالشراء حبس المبيع عمن امره لقبض ثمنه وان لم يدفع الوكيل الثمن الى بائعه لانه يعتبر مبادلة حكمية بين الوكيل والموكل فكان الوكيل بائعا والموكل مشتريا وللبائع حبس المبيع لقبض الثمن وعند زفر رح ليس له حق الحبس فان هلك فى يد الوكيل بعد الحبس ضمان المبيع وسقط كل الثمن قلت قيمته او كثرت وهذا عند ابى حنيفة ومحمد رح لانه لما كان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى يسقط كل الثمن بهلاكه وعند زفر يضمن الوكيل القيمة ضمان الغصب وعند ابى يوسف يضمن ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن يسقط ولا يرجع الوكيل بالفضل على الموكل فان كان الثمن مساويا للقيمة فلا اختلاف وان كان الثمن عشرة والقيمة خمسة

عشر فعند زفر يضمن خمسة عشر وعند الطرفين يضمن خمسة وان كان بالعكس فعند زفر بضمن عشرة فيطالب الخمسة من الموكل وكذا عند ابي يوسف لان الرهن يضمن باقل من قيمته ومن الدين وعند ابي حنيفة ومحمد يكون مضمونا بالثمن وهو خمسة عشر وفي قوله بعد الحبس احتراز عما اذا هلك قبل الحبس فللوكيل ان يرجع بالثمن على الآمر وليس للوكيل بشراء عين شراءه لنفسه اى لو وكله بشراء شئ بعينه ليس له ان يشتريه لنفسه ولو اشترى لنفسه فهو للآمر لانه بقبول الوكالة التزم ان ما يوجد من شراءه لهذا العين فهو للموكل وهو اعتمد عليه فان كان الثمن مسمى وشراه بخلاف جنس الثمن المسمى للموكل وقع الشراء له اى للوكيل لانه خالف امر آمره فنفذ الشراء عليه

فصل

للوكيل بالخصومة القبض سواء كان الخصومة فى الدين او فى العين هذا اصل الرواية وهو قول علمائنا الثلاثة خلافا لزفر رح ولكن يفتى الآن بخلافه اى يفتى على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء ولا كل من يوتمن على الخصومة لا يؤتمن على المال وللوكيل بقبض الدين الخصومة عند ابي حنيفة حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان رب الدين قد استوفى منه او ابرأه يقبل بينته وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابيحنيفة لا للوكيل بقبض العين فانه لا يملك الخصومة حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له وغاب وجاء الوكيل ليقبض العبد فاقام العبد البينة انه اعتقه الموكل لم تقبل بينته فى اثبات العتق والقياس ان يدفع العبد الى الوكيل لان البينة قامت على غير خصم ولكن فى الاستحسان يسمع هذه البينة لدفع الخصومة من غير ان يثبت العتق فى حق الموكل ويتوقف حتى يحضر الموكل ويقصر يد الوكيل لقبض العبد لانه خصم فى قصر اليد وان لم يكن خصما فى اثبات العتق على الموكل وتوقف حتى يحضر الموكل ونقل المرأة اى اذا جاء رجل وقال انا وكيل الغائب فى نقل امرأته الى موضع فاقامت المرأة البينة على ان موكله طلقها لا تقبل هذه البينة على اثبات الطلاق ولكن يقصر يد الوكيل حتى يحضر الغائب ان اقام الحجة على العتق فى الصورة الاولى والطلاق فى الثانية بلا ثبوتهما اى بلا ثبوت العتق والطلاق كما ذكرنا وصح اقرار الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي ولا فرق بين ان يكون الوكيل

بالخصومة من المدعي فاقر بالقبض او الابراء او من المدعى عليه فاقر عليه بالحق لا يصح
اقراره عند غيره اي غير القاضي لكن اذا شهد شاهدان باقراره في غير مجلس القضاء
عند القاضي يخرجه القاضي من الوكالة ولا يسمع خصومته لكونه كالمناقض وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف يصح اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القاضي وقال زفر والشافعي
لا يصح في مجلس القاضي وفي غيره وهو قول ابي يوسف اولا لانه مأمور بالخصومة لا بالاقرار
ولنا ان الخصومة يراد بها الجواب مطلقا لا للانكار فانه يمكن ان يعلم ان المدعي محق فلا يمكن الانكار
شرعا او توكيله بما لا يملكه لا يليق فيحمل على الجواب مجازا تحريا للصحة وطريق المجاز موجود لان
الخصومة جواب مقيد فيراد مطلق الجواب وللموكل عزل وكيله من الوكالة فان كان
الوكيل حاضرا والخصم غائبا فاراد ان يعزل وان كان وكيل المدعي صح عزله وان كان
وكيل المدعى عليه فان كانت الوكالة بغير التماس المدعي صح عزله وان كان بالتماس المدعي لا يصح
عزله حال غيبة المدعي لان بالتوكيل ثبت نوع حق للمدعي قبل الوكيل وهو ان يحضر مجلس
ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح عزله يبطل هذا الحق اصلا بخلاف ما اذا كان الوكيل بغير التماس
الطالب حيث يصح العزل حال غيبة الطالب ووقف العزل على علمه اي علم الوكيل فان لم يبلغه
الخبر فهو على وكالته وقال الشافعي رح ينعزل وان لم يبلغه الخبر وتبطل الوكالة بموت احدهما
اي الموكل والوكيل وجنونه جنونا مطبقا اي مستوعبا وحد المطبق شهر عند ابي يوسف لانه سقط
الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه سقط به الصلوات الخمس وعند محمد حول كامل وهو الصحيح لان استمراره حولا
مع اختلاف فصوله آية استحكامه اذ يسقط به جميع العبادات كالصوم والصلوة وما دون الحول فلا يمنع
وجوب الزكوة ولحاقه بدار الحرب مرتدا قالوا الحكم المذكور وهو ان تبطل الوكالة بلحاقه بدار
الحرب يكون حكم القاضي قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده وكذا وكالته
فان اسلم نفذت وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما فتصرفاته
نافذة ولا تبطل الوكالة الا ان يموت او يقتل او يحكم القاضي بلحوقه وكذا تبطل

الوكالة بعجز موكله حال كونه مكاتبا وحجره حال كونه ماذونا لان بقاء الوكالة يعتمد قيام امر التوكيل وقد بطل المكاتب وحجر الماذون وافتراق الشريكين سواء كانت الشركة مفاوضة او عنانا فاذا وكل احد الشريكين ثالثا التصرف في مال الشركة فافترقا تبطل الوكالة في حق الشريك الاخر الذي لم يوجد من التوكيل صريحا وانما صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا لم يبق وكيلا عنه لكن يبقى في حق الامر فينبغي ان لا يعزل فيما اذا وكله الشريكين صريحا بافتراقهما ان لم يعلم به وكيلهم اي وكيل المكاتب والماذون واحد الشريكين فانه لا فرق بين العلم وعدمه لان هذا العزل حكمي والعلم شرط للعزل القصدي لا للعزل الحكمي كما اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه وتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به اي اذا وكل اخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة لانه لما فعل ذلك الفعل بنفسه تعذر على الوكيل ذلك الفعل سواء لم يبق محلا للتصرف كما اذا وكل بالاعتاق فاعتق موكله او بقي محلا كما لو وكل بنكاح امرأة فنكحها الموكل ثم ابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها للموكل لان حاجته قد انقضت

كتاب الشركة

هي في اللغة الاختلاط وتركيبها دالة عليه ومنه الشركة اي الشبكة لتشابكهما واختلاط بعضها ببعض ويطلق هذا الاسم على العقد وان لم يوجد اختلاط اذ العقد بسببه وشريعة ضربان احدهما شركة ملك وهي ان يملك اثنان عينا ارثا او شراء او هبة او صدقة او وصية او استيلاء ويختلط مالهما بلا صنع من احدهما او يخلطهما خلطا يمنع التميز اصلا كالبر مع البر والشعير بالشعير وكل واحد من الشريكين كاجنبي في مال صاحبه فلا يجوز ان يتصرف في نصيب الاخر الا باذنه وثانيهما شركة عقد وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا فيقول الاخر قبلت وشرطها ان لا يعين لاحدهما دراهم من الربح لانه يقطع الشركة لاحتمال ان لا يبقى بعد هذه الدراهم المسماة ربح يشتركان فيه وهي اي شركة العقد اربعة اوجه مفاوضة وعنان وتقبل ووجوه وجه الانحصار هو انه ان ذكر المال في عقد الشركة او لا فان ذكر فلا تخلو اما ان يلزم اشتراط المساواة في ذلك المال اي في راس المال والربح ام لا فان لزم فالمفاوضة والا فالعنان وان لم يذكر فلا يخلو اما ان يشترط العمل فيما بينهما

فی مال الغیر اولا فالاول الصنائع والثانی الوجوه وهی ای المفاوضة فی اللغة المساواة یقال فاوضه فی کذا ای حاذاه وفعل مثل فعله والناس فاوضوا فی هذا ای سواء لاتباین بینهم وفی الشریعة شرکة متساوین مالا والمراد من المال ما یصلح راس المال الشرکة کالدراهم والدنانیر ولا یعتبر التفاضل فی مال لا یصلح لراس المال الشرکة کالعروض والعقار والدیون وحریة ای لابد ان یکونا حرین بالغین لیتحقق التساوی بینهما فی الملک والتصرف واهلیة الوکالة والکفالة فلا یصح بین حر وعبد وصبی وبالغ لعقد التساوی اذ الحر البالغ یستبد بالتصرف والکفالة والعبد لا یملک واحد منهما الا باذن السید والصبی لا یملک الکفالة اذن له ولیه اولا وکذا لا یصح بین العبدین وبین صبیین وبین المکاتبین ودینا ای لابد ان یکون ملتهما واحدة فیصح بین المسلمین وبین الذمیین ولا یصح بین مسلم وکافر عند ابی حنیفة رح وعند ابی یوسف یجوز ولکن یکره وعند الشافعی رح لا یجوز شرکة المفاوضة وقال مالک رح لا ادری ما المفاوضة ویتضمن المفاوضة الوکالة ای کل واحد من الشریکین وکیل للاخر فی المعاملة لان مقتضی المفاوضة المساواة فکل واحد منهما قائم مقام صاحبه فی التصرفات والکفالة فکل واحد من الشریکین کفیل الاخر فاذا اشتری احدهما کان للبائع مطالبة الثمن من الاخر واذا تضمن الوکالة کان مشتری کل واحد منهما ملکا لهما مشترکا بینهما فکان شراء احدهما کشرائهما الا طعام اهله والادام وکسوتهم فانها یکون للمشتری خاصة فانها مستثناة من مقتضی المفاوضة ضرورة واذا تضمن الکفالة کان کل دین لزم احدهما بالتجارة وبما تصح فیه الشرکة کالشراء ونحوه کالبیع والاجارة مثل ان یستاجر احد المفاوضین اجیرا فی تجارتهما او دابة فللموجر ان یطالب بالاجر ایهما شاء ضمن الاخر وهذا فی التجارة بلا خلاف وان غصب احدهما شیئا واستهلکه ضمن الاخر عند ابی حنیفة ومحمد خلافا لابی یوسف واما ان لزم احدهما دینا بما لا یصح فیها الشرکة کالنکاح والخلع والصلح عن دم لا یضمنه الاخر لانها لم یدخل تحت المفاوضة لکونها لیست بتجارة ولو استقرض احدهما لا مالزمهما

جامع الرموز

قهستانی

نقایه

لان المستقرض ثبت فی المستقرض لهما ولو اقرض احدهما مالا مشترکا بینهما ذکر فی المبسوط
یلزم علی صاحبه عند ابی حنیفة لانه مفاوضة وعندهما لا یلزم علی صاحبه حتی یکون للشریک
حق الرجوع لانه تبرع ابتداء وان ورث احدهما او وهب له او تصدق علیه ما یصح فیه الشرکة
کالدراهم والدنانیر والفلوس النافقة وقبض قبل القبض بشرط فی الهبة دون الارث وفی الهدایة
وان ورث احدهما او وهب له ووصل الی یده وفی الکافی ان قوله ووصل الی یده یرجع الی الهبة
لا الارث فعلم ان القبض یشترط فیهما صار عقد المفاوضة عنانا وبطل المفاوضة لان المساواة بین الشریکین
فیما یصلح راس مال الشرکة شرط للمفاوضة ابتداء وبقاء وانما یصیر عنانا لعدم شرط المساواة
فیه فکانهما انشأ الشرکة فی الحال لا مساواة بینهما فیکون عنانا وفی ارث العرض والعقار
وهبتهما بقی العقد مفاوضة لان المساواة فیما لا یصلح راس مال الشرکة لیست بشرط فی المفاوضة
فی الابتداء فکذا فی البقاء وشرکة عنان وهی لغة من عن اذا عرض کانه عن لهما شیء فاشترکا
فیه او من عنان الفرس لان کلا منهما جعل عنان التصرف فی ید صاحبه وشرعا شرکة اثنین فی کل
تجارة او فی نوع من التجارة کما اذا اشترکا فی بر او طعام وتصح ببعض ماله دون البعض وتصح
مع اشتراط فضل مال احدهما علی مال الآخر فانه قد یکون احدهما اهدی واحذق فی التجارة او اکثر
عملا فلا یرضی بالمساواة وبتساوی مالهما مع التفاوت فی الربح بان یکون المال نصفین والربح اثلاثا
وعکسه بان یکون الربح مساویا ولا یکون المال مساویا خلافا لزفر والشافعی رح ذکر فی فتاوی قاضی خان
فان شرط المساواة فی المال واشترط لاحدهما فضل الربح فان شرط العمل علیهما کان الربح بینهما علی ما
شرط عملا جمیعا او عمل احدهما دون الآخر وان شرط العمل علی المشروط له فضل الربح جاز ایضا
وان شرط العمل علی اقلهما ربحا لم یجز وتصح مع کون احدهما ای احد المالین دراهم والآخر دنانیر
وکون احد المالین دراهم بیضا والآخر سودا خلافا لزفر والشافعی رح وهذا بناء علی ان الخلط
شرط عندهما وذا لا یتحقق فی مختلف الجنس وعندنا یصح بلا خلط والحاصل ان الشرکة فی
الربح مستند الی العقد وهو الشرط عندنا فلم یشترط المساواة والخلط والاتحاد وعند

زفر والشافعي انما الربح نماء المال فيشترط كل واحد من الشريكين اذا اشترى شيئا فهو
مطالب بثمن ما اشتراه لا غير اي دون الآخر لان المطالبة على الآخر انما يتوجه في المفاوضة لانها
تتضمن الكفالة والموجود ههنا الوكالة فقط والوكيل هو الاصيل في الحقوق فيتوجه المطالبة
اليه دون صاحبه ثم رجع على شريكه بحصته اذا اداه من ماله لانه وكيل من جهة الشريك
والوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله بان
يقول اشتريت عبدا ونقدت الثمن من مال نفسه وهلك العبد فعليه البينة ولا تصحان
اي المفاوضة والعنان الا بالنقدين والفلوس النافقة والتبر اي ذهب غير مضروب والنقرة اي فضة
غير مضروبة ان تعامل الناس بهما اي بالتبر والنقرة ففي كل بلد جرى التعامل بالمبايعة بالتبر
والنقرة يصح الشركة بهما وفي كل بلدة لم يجر التعامل بهما لم يصح وقيل صحة الشركة بالفلوس قول
محمد وعندهما لا يصح والصحيح ان الشركة في الفلوس يصح على قول الكل وقال مالك رح
يصح الشركة في العروض اذا اتحد الجنس وتصحان بالعروض بعد ان باع كل واحد منهما نصف
عرضه بنصف عرض الآخر ثم يعقدان الشركة مفاوضة او عنانا ويصير العرض راس مال
الشركة وهذا اذا كان قيمة متاعهما مساوية ولو كانت في عرضيهما تفاوت بان يكون قيمة
عرض احدهما مائة وقيمة عرض صاحبه اربعمائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس
عرضه بخمس عرض الآخر فصار العرض كله بينهما اخماسا وهلاك مالهما او مال احدهما قبل
الشراء يفسدها اي عقد الشركة لان المعقود عليه في الشركة المال وبهلاك المعقود عليه يفسد العقد كالبيع
وهو اي هلاك المال على صاحبه قبل الخلط في ايديهما هلك اي سواء هلك المال في يد صاحبه او في يد الآخر
في يديهما اما اذا هلك في يد صاحب المال فظاهر وكذا اذا هلك في يد الآخر لان المال بقي على ملكه فكان امينا في راس مال
صاحبه وهلاك المال بعد الخلط عليهما لانه لا يتميز فيجعل الهلاك من مالهما ولكل واحد من شريكي
مفاوضة وعنان ان يبضع المال لان له ان يستعمل الغير في التجارة بالاجارة فلان يكون له
ذلك بلا اجرة اولى ويودع لانه من عادة التجار ويضارب عند ابي حنيفة رح انه ليس له

ذلك والصحيح هو الاول لان الدفع مضاربة لتحصيل الربح وتوكيل من يتصرف فى المال بيعا و
شراء ونحوهما لا احتياج اليه والمال فى يده اى يد كل واحد من الشريكين امانة ولا يضمن الا بالتعدى
والنوع الثالث شركة الصنائع والاعمال وتسمى شركة التقبل وهو ان يشترك الصانعان كخياطين
او خياط وصباغ ويقبل العمل باجر بينهما فيكون الكسب بينهما على ما شرطا ولا يشترط فيهما
اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر فلو عمل احد الشريكين فى دكان والآخر فى دكان آخر
يجوز عندنا خلافا لهما وصحت هذه الشركة خلافا للشافعى رح وان شرط العمل نصفين
والمال المستفاد اثلاثا لانه قد يكون بينهما تفاوت فى العمل فيصح منهما اشتراط القادة فى الربح
وقال زفر لا يصح ولزم كلا عمل قبله احدهما اى اذا دفع رجل الى احدهما عملا فله ان يأخذ بذلك
العمل ايهما شاء ولكل واحد منهما ان يطالب الاجر اى اجر عمل احدهما والى ايهما دفع الاجر يصح الدفع
اليه ويكون الكسب بينهما وان عمل احدهما فقط وشركة الصنائع قد يكون مفاوضة وعنانا
فالمفاوضة ما ذكر فى الشركة لفظ المفاوضة او ذكر ما هو فى معنى المفاوضة بان اشترط الصانعان
ان يكون قبول الاعمال منهما على التساوى وان يتساويا فى الربح وان يكون كل منهما كفيلا عن
صاحبه ما لحقه بسبب هذه الشركة فهى مفاوضة حتى يراعى فيها شرائط المفاوضة لوجود
معنى المفاوضة وهى المساواة المطلقة وان تفاوتا فى شىء مما ذكرنا مثلا ان يشترطا على ان
ما قبل من الاعمال فعلى احدهما الثلثان وعلى الآخر الثلث والاجر بينهما على قدر ذلك فهذه شركة
عنان لوجود معنى العنان حتى يراعى فيها شرائط العنان وكذا اذا ذكر لفظ العنان وكذا لو اطلقها
فهو شركة عنان استحسانا لانه المتعارف والنوع الرابع شركة الوجوه وهى ان يشتركا بلا
مال ليشتريا بوجوههما ويبيعا فيكون الربح بينهما وهذه شركة المفاليس وانما اضيف الى الوجوه
لانها تبذل فيها لعدم المال والاضافة فيه بمعنى الباء كما فى شركة الابدان وذلك لانهما اشتركا
فى الشراء والبيع بوجوههما وينسب اليهما بالوجه لا بشىء آخر وقيل هو ان يشتريا من الوجه الذى
لا يعرف وقيل لانهما يشتريان بجاههما وبما هو من الوجه على القلب بدليل العبارة الاخرى لانه

لا بشتری بالنسیئۃ الا من لہ وجاھۃ عند الناس ای قدر وشرف والاول ھو الاوجہ کذا فی المغرب وھی باطلۃ عند الشافعی فتصح مفاوضۃ اذا روعیت بشرائطھا بان یکون رجلان من اھل الکفالۃ وان یکون ثمن المشتری بینھما نصفین وان یتلفظا بلفظ المفاوضۃ او ما فی معناھا ومطلقھا عنان لان مطلقھا ینصرف الیہ لان المعتاد بین الناس شرکۃ العنان وکل واحد وکیل الاخر فیما یشتریہ اذا کان العقد مطلقا واما ان شرطت فیہ المفاوضۃ فکل وکیل کفیل فان شرطا مناصفۃ المشتری بینھما ومثالثۃ فالربح کذلک ای مشترکا مناصفۃ او مثالثۃ وشرط الفضل باطل ای ان اشترطا ان یکون المشتری بینھما نصفین او اثلاثا وشرطا ان یکون ربح احدھما زائدا علی قدر ملکہ فذلک الشرط باطل فان الربح فی ھذہ الشرکۃ بالضمان والضمان یقدر بقدر الملک فی المشتری فان قیل یجوز ان یکون زیادۃ الربح لاحدھما لزیادۃ اھدائہ وعملہ فی شرکۃ العنان قلنا انما یجوز اشتراط زیادۃ الربح لزیادۃ الھدایۃ والعمل فی مال معلوم کما فی شرکۃ العنان والمضاربۃ ولم یوجد ھھنا ولا تصح الشرکۃ فی اخذ المباحات کاحتطاب الحطب واحتشاش الحشیش واستسقاء الماء واجتناء الثمار من الجبال والبوادی من الجوز والفستق وغیرھما وکذلک الشرکۃ بنقل التراب وبیعہ من ارض لا یملکانھا والجص والملح والکحل وما اشبہ ذلک فخصت المباحات بمن اخذھا ولیس للاخر شیء ان لم یعمل ونصفت ان اخذاھا معا وخلطا لان الاستواء فی الاخذ یوجب الاستواء فی الملک وان عمل احدھما واعانۃ الاخر علی عملہ بان اشترکا فی الاحتطاب وقلع احدھما الحطب وجمع الاخر او قلع وجمع احدھما وحملہ الاخر وان اشترکا فی الاستسقاء ولاحدھما بغل وللاخر راویۃ یستقی علیہ الماء ویستقی یکون للمحرز والحطب للاخذ ویکون للمعین ای الجامع والحامل فی الاحتطاب وصاحب البغل ای البغل والراویۃ فی الاستسقاء اجر المثل لانہ استوفی منافعہ بحکم عقد فاسد فیلزم اجر المثل ولکن لا یزاد اجر المثل علی نصف القیمۃ ای قیمۃ الماخوذ عند ابی یوسف لرضاہ بنصفہا خلافا لمحمد فعندہ یجب اجر المثل بالغا ما بلغ لان المسمی مجہول اذ لم یدر ای نوع یصاب من الماخوذ

ان تخصیص الشرکۃ بالعنان والمفاوضۃ ... [illegible] ... فھستانی

... [illegible] ... فھستانی

فان لم یعرف قدر ملک کل منھما صدق کل الی نصف مع الیمین واقیم البینۃ علیہ فی الزیادۃ کما فی المغنی ۱۲ فھستانی

ای المالک یحتاج الاخذ الیہ من نحو الدرایۃ والا کاف والجوالق کما فی المقاییس ۱۲ فھستانی

ای بالضم فی الاصل اعتد لامر یحدث بناء علی تقدیمہ وھذا اصل جلیل ... صاحب الکفایۃ وغیرہ ۱۲ فھستانی

فان عندہ اجر المثل بالغا ما بلغ وھو المختار عند صاحب الہدایۃ ... فی کلام المصنف ... فھستانی

المباح یوم الاخذ ان کان ... فینبغی ان یکون الحکم فیہ بالتخمین والقیاس ۱۲ فھستانی

وهل يصيبان شاء ام لا والرضاء بالمجهول لغو فاسقط اعتبار رضائه وقد استوفى منافعه
بعقد فله اجر مثله بالغا ما بلغ والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال كما اذا شرط في الشركة دراهم مسماة
من الربح لاحدهما فيفسد الشركة فيكون الربح بقدر المال حتى لو كان المال نصفين وشرط الربح اثلاثا
فالشرط باطل فيكون الربح نصفين لان الربح يتبع المال وتبطل الشركة بالموت اي بموت احدهما
والجنون والارتداد واللحاق بدار الحرب ان قضى به ولم يزك احدهما مال الآخر بلا اذنه فلو
ادى احدهما زكوة مال الآخر لم يجز لان كل واحد منهما نائب عن صاحبه في التجارة لا في اداء الزكوة فان
اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي الزكوة عنه فاديا ولاء اي على التعاقب ضمن الثاني
للاول عند ابي حنيفة علم باداء الشريك الاول اولا وعندهما ان علم باداء صاحبه
ضمن والا فلا وكذا اشار محمد رح في كتاب الزكوة من المبسوط وذكر في الزيادات ولا يضمن علم باداء
الشريك اولا وهو الصحيح عندهما وكذا الخلاف في الوكيل باداء الزكوة اذا ادى بعد اداء الموكل بنفسه
وان اديا معا مثل ان ادى كل واحد بغيبة صاحبه واتفق اداؤهما في زمان واحد ولا يعلم تقدم
احدهما على الآخر ضمن كل واحد من الشريكين قسط غيره علم او لم يعلم عند ابي حنيفة وعندهما
لا يضمن ان لم يعلم فان قيل اذا اديا معا ينبغي ان يجب الضمان عند ابي حنيفة بعدم سبق اداء
الموكل فلم يقع فعل الوكيل نفلا قلنا اداء الموكل بنفسه وان لم يسبقه تحقيقا سبقا اعتبارا
تقديرا لان تصرف الموكل على نفسه اقرب من تصرف الوكيل فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع مع الموكل
اذا باعا وخرج الكلامان معا نفذ للموكل دون الوكيل **كتاب المضاربة** هي في اللغة
من ضرب في الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون في الارض يعني الذين
يسافرون للتجارة وفي الشريعة عقد شركة في الربح بمال من جانب رجل وعمل من جانب آخر سمي بالمضاربة
لان المضارب يسير غالبا في الارض طلبا للربح وهي ايداع فالمضارب امين لانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة
والوثيقة كما في الرهن وتوكيل عند عمله لانه يتصرف لرب المال بامره وشركة فالمضارب شريك لرب
المال ان ربح لان الربح حصل بالمال والعمل فاشتركا وغصب اي يصير غاصبا ان خالف اي المضارب

رب المال لتعديه على مال الغير ويكون بضاعة ان شرط بعد دفع المال بالمضاربة كل الربح للمالك
وان دفع ابتداء بضاعة فهو ظاهر وكذا هي قرض ان شرط بعد الدفع كل الربح للمضارب وان دفع
قرضا ابتداء فظاهر ويكون المضاربة اجارة فاسدة ان فسدت المضاربة فاذا صارت فاسدة
فلا ربح له اي للمضارب الربح كله لرب المال لانه نماء ملكه بل للمضارب اجر مثل عمله لانه لم يرض
بالعمل مجانا ولا سبيل للمسمى المشروط للفساد فصار الى اجر المثل ضرورة ربح او لا يربح في رواية
الاصل وعن ابي يوسف ان لم يربح فلا اجر له ولا يزاد اجر عمله على ما شرط عند ابي يوسف رح
خلافا لمحمد رح كما مر في الشركة ولا يضمن المضارب المال بالهلاك فيها اي في المضاربة
الفاسدة لانه عين استاجر المضارب ليعمل به فلا يكون مضمونا عليه كاجير الواحد
كما لا يضمن في المضاربة الصحيحة لانه امين ولا تصح المضاربة الا بمال تصح فيه الشركة
وهو الدراهم والدنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف والفلوس الرائجة عند محمد مثلهما
حتى ان المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا يجوز اجماعا وحاصله ان العروض
لا تصلح لراس مال المضاربة عندنا خلافا لمالك وكذا الكيلي والوزني خلافا لابن
ابي ليلى ولا تصح الا بتسليمه اي بتسليم المال الى المضارب لان المضاربة انعقدت
على راس المال من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فيجب ان يخلص يد المضارب
في المال ليتمكن منه العمل فيه وشيوع الربح بينهما اي بين رب المال والمضارب
فان شرط لاحدهما دراهم مسماة تفسد فكل شرط يقطع الشركة في الربح او يوجب
جهالة الربح يفسدها وما عداه من الشروط الفاسدة التي تفسد البيع لا تفسد المضاربة
بل يبطل ذلك الشرط وللمضارب في مطلقها اي مضاربة غير مقيدة بالمكان
والزمان والسلعة ان يبيع بنقد ونسيئة الا باجل لم يعهد بين التجار وان يشتري
ويوكل بهما اي بالبيع والشراء ويسافر بمال وعن ابي يوسف رح انه ليس
له ان يسافر به وعنه وعن ابي حنيفة اذا دفع المال اليه في مصر وهو من اهل

ذلك المصر فليس له ان يسافر به وان دفع في غير مصره له ان يسافر ويبضع المال بضاعة ولو اعطى لرب المال بضاعة صح ولا تفسد هي اي المضاربة به اي بان يبضع لرب المال خلافا لزفر ويودع المال ويرتهن ويرهن ويوجر ويستاجر ويحتال اي يقبل الحوالة بالثمن على الايسر والاعسر لان غرض رب المال حصول الربح ولا يحصل ذلك الا بان يملك المضارب جميع اصناف التجارة ليحصل غرضه لانه قد يربح في منها دون نوع والايداع وان لم يحصل الربح به لكن فيه حفظ المال وهو من التجارة ولا يقرض لانه تبرع ولا فائدة فيه ولا يستدين على المضاربة وان قيل له اعمل برأيك الا باذن المالك صريحا بان ينص على الاستدانة ولا يضارب لانه يجعل بعض ربح ماله لغيره وهو لم يرض به ولان الشيء لا يستتبع مثله ولا يخلطه اي مال المضاربة بماله الا باذنه او باعمل برأيك فصح له ان يدفع مال المضاربة ويخلط بماله اذا كان لا يملك الاستدانة وان قال اعمل برأيك فلو قيل اي للمضارب هذا اي اعمل برأيك وشرى بكل رأس المال ثوبا وقصر الثوب بماله او شرى متاعا وحمل المتاع بماله اي بمال المضارب تبرع لانه لا يملك الاستدانة فلم ينفذ على رب المال اذ لم يصرح بالاستدانة بخلاف ما اذا اشترى المضارب ثوبا وصبغ الثوب احمر فانه لا يكون تبرعا بل يصير المضارب شريكا بما زاد الصبغ في الثوب لانه خلط ماله بمال المضاربة اذ الصبغ عين قائم فلو بيع الثوب كان ما يخص قيمة الصبغ للمضارب وما يخص الثوب الابيض على المضاربة حتى لو كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغ الفا ومائتين كان الالف للمضاربة ومائتا درهم للمضارب بدل ماله وهو الصبغ بخلاف القصارة والحمل لانه ليس للمضارب فيه عين مال قائم حتى يكون بعض الثمن بازائه وان خص له رب المال التصرف لا يجاوز بلدا او سلعة او وقتا او شخصا عينه المالك لانه انما ملك التصرف بتفويض المالك فيتقيد بما فوض اليه فان جاوز عنه ضمن لانه تصرف في مال غيره بغير اذنه وله اي للمضارب ربحه وعليه نقصانه ولا يزوج عبدا وامة من مال المضاربة لان التزويج ليس من عمل التجارة وعن ابي يوسف انه يزوج الامة ولا يشتري من يعتق على رب المال سواء كان قريبه او قال رب المال ان اشتريت فلانا فهو حر فلو اشترى من يعتق على رب المال فللمضارب ولا يكون للمضاربة ولا يشتري من يعتق عليه اي على المضارب بقرابة او يمين كما ذكرنا وان كان للمضارب ربح في المال لانه شريك فيعتق عليه بنصيبه ويفسد نصيب رب المال عند ابي حنيفة

وعندهما یعتق فلا یحصل المقصود وهو الاسترباح ولو فعل ای اشتری من یعتق علیه صار
مشتریا لنفسه دون المضاربة وضمن المال ان نقد من مال المضاربة وان لم یکن للمضارب
ربح فی المال صح ان یشتری من یعتق علیه لانه لا ملک له فیه لیعتق علیه فلا مانع من تصرف
القدرة علی بیعه فیقع الشراء علی المضاربة ونفقة مضارب عمل فی مصره لیس فی مال
المضاربة بل فی ماله لانه فی مصره ساکن بالسکون الاصلی لا للمضاربة فلم یکن نفقته فی مال
المضاربة وفی سفره طعامه وشرابه وکسوته واجرة خادمه وغسل ثیابه ورکوبه هو بفتح الراء
ما یرکب کراء وشراء وعلفه ای علف الرکوب فی مالها ای مال المضاربة لانه اذا سافر صار محبوسا
بالعمل للمضاربة فوجب النفقة فی مالها لاجل الاحتباس بالعمل وانما یطلق ذلک بالمعروف حتی لو زاد علی
المعروف وجاوز المعتاد بین التجار ضمن الفضل اما الدواء ففی ماله فی ظاهر الروایة وروی الحسن عن
ابی حنیفة ان الدواء فی مال المضاربة ولو کان خروجه فیما دون سفر ان کان بحیث یغدو
الیه ثم یرجع الی منزله فهو کالسوقی فی المصر لان اهل السوق یتجرون فی المصر ثم یبیتون فی منازلهم وان کان
مادون السفر بحیث یغدو الیه ولا یبیت باهله فنفقته فی مال المضاربة کالسفر لان خروجه للمضاربة
ههنا فصار کالخروج للسفر فان ربح المضارب اخذ المالک من الربح ما انفق المضارب من
راس المال حتی یتم راس المال ثم قسم الربح الباقی لان القسمة انما شرعت بعد تسلیم
رأس المال وان دفع المضارب راس المال الی غیره مضاربة بلا اذن رب المال لم یضمن بمجرد
الدفع لانه ایداع وهو یملکه بل ضمن المال عند عمل المضارب الثانی فی ظاهر الروایة عن ابی
حنیفة رح وهو قول ابی یوسف ومحمد لانه اذا عمل ظاهر انه مضاربة یضمن وقیل لا یضمن حتی
یربح الثانی فاذا ربح ضمن لرب المال عند ربحه وهو روایة الحسن عن ابی حنیفة رح
لانه اذا ربح یثبت الشرکة فی یضمن کما لو خلط بغیره وقال زفر رح یضمن بالدفع اعمل او لم یعمل
وهو روایة عن ابی یوسف رح وصح ان شرط فی المضاربة لعبد المالک شیء مثل ان شرط
ثلث لرب المال وثلث لعبد رب المال لیعمل مع المضارب وثلث للمضارب لان اشتراط

العمل على العبد لا يمنع تسليم المال لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا واشتراط
العمل اذن له بخلاف اشتراط العمل على رب المال فانه لا يصح لانه يمنع التسليم وتبطل
المضاربة بموت احدهما اى رب المال والمضارب لانها توكيل وبموت الموكل والوكيل يبطل الوكالة وبلحاق
المالك بدار الحرب مرتدا لانه كالموت حتى يقسم ماله بين ورثته ويعتق مدبره وام ولده وقبل
لحاقه واما قبل لحوقه يتوقف تصرفات مضاربه عند ابي حنيفة على النفاذ بالاسلام او البطلان
بالموت او القتل ولو كان المضارب ارتد ولحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها عندهم وان
عزله رب المال المضارب لا ينعزل حتى يعلم بعزله لانه وكيل من جهة وانعزال الوكيل بالعزل القصدي
يتوقف على علمه فلو لم يعلم بالعزل واشترى وباع فتصرفه جائز فلو علم بالعزل والمال عرض فله بيع عرضها اى عرض
المضاربة ولا يمنع العزل عن ذلك لان حقه يظهر في الربح بقدر راس المال وذا بالبيع ثم لا يجوز ان يتصرف
في ثمنه لان العزل انما لم يعمل ضرورة راس المال وبعد النقد لا ضرورة ولا يتصرف ايضا في نقد نض بالضاد المعجمة اى
صار نقدا والناض الدراهم والدنانير من جنس راس ماله بان كان النض دراهم او دنانير وراس
مال المضاربة دنانير ويبدل خلافه به اى خلاف راس المال اى وان كان راس المال
دراهم ومال المضاربة دنانير او بالعكس له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا والقياس
ان لا يجوز تصرفه لثبوت المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان راس المال قد نقد
ووجه الاستحسان ان الواجب على المضارب ان يرد مثل راس المال وذا لا يمكن الا ان
يبيع ما في يده بجنس راس المال ولو افترقا وفي المال دين يؤمر اى يجبر الحاكم بطلبه اى بطلب
الدين ان كان ربح لانه بمنزلة الاجير فانه يستحق الربح بازاء عمله والربح كالاجرة وقد سلم
له الربح فيجبر الحاكم على اتمام عمله ومن اتمام عمله استيفاء ما وجب من الديون والا اى وان
لم يكن الربح لم يلزمه الطلب لانه وكيل متبرع والمتبرع لا يجبر على ما يتبرع به
ولكن يوكل المالك به اى بالطلب لان حقوق العقد يتعلق بالعاقد فلم يكن لرب المال المطالبة
بالديون فيما عقده المضارب الا بالتوكيل اياه وكذا سائر الوكلاء مثل الوكيل

بالبيع

بالبيع اذا امتنع من طلب الثمن عند المشتري لا يجبر عليه ولكن يوكل المالك بطلب الثمن عن
المشتري وكذا المستبضع اذا باع مال البضاعة يوكل المالك بطلب الثمن والذي يعمل بالاجرة مثل البياع
اي الدلال والسمسار بكسر السين الاول المتوسط بين البائع والمشتري فارسية ومصدرها السمسرة
وهو ان يتوكل الرجل من الحاضرة الى البادية فيبيع لهم ما يجلبون به يجبر عليه اي على طلب الثمن و
استيفائه لانه يصل اليهما بدل عملهما وما هلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا دون راس المال
لان الربح تابع وراس المال اصل والهلاك يصرف الى التبع دون الاصل كما يصرف الهالك في مال الزكوة الى
العفو دون النصاب فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان قال المالك
عينت نوعا وقال المضارب ما سميت لي نوعا بعينه صدق المضارب مع اليمين ان ادعى العموم في كل تجارة
وجه قول المالك لان الاصل في المضاربة العموم فكان القول لمن تمسك بالاصل وقال زفر رح صدق
المالك وان ادعى كل واحد منهما نوعا صدق المالك مع اليمين لاتفاقهما على الخصوص فاعتبار قول من
يستفاد الاذن من جهته احق والبينة للمضارب لاحتياجه الى نفي الضمان ولكن ا صدق المالك مع
اليمين ان قال المالك دفعت اليك بضاعة او وديعة وقال ذو اليد انه المال عندي مضاربة او قرض لان ذا اليد
يدعي عليه تمليك المال والربح وهو ينكر فكان القول للمنكر والبينة لذي اليد **كتاب المزارعة** وهي
في اللغة مفاعلة من الزراعة يقال زرع الله الحرث اي انبته وانماه وقولهم زرع الزارع الارض
اذا اثارها للزراعة من اسناد الفعل الى السبب مجازا كذا في المغرب وفي الشريعة عقد على
فعل الزرع ببعض الخارج والمزارعة يقتضي فعلا من الجانبين مع ان فعل الزرع يوجد من احد
الجانبين وانما سمي بطريق التغليب كالمضاربة ولا تصح المزارعة عند ابي حنيفة رح لان النبي عليه
الصلوة والسلام نهى عن المخابرة وهي مزارعة الارض على الثلث او الربع وخص بالثلث او
الربع لما كان العادة في ذلك الوقت ولانه في المعنى استيجار الزارع ببعض ما خرج من عمله
فكان في معنى قفيز الطحان ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قفيز
الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كذا من حنطة بقفيز من دقيقها ولكن صحت عندهما

لانه علیه الصلوة والسلام دفع نخیل خیبر الی اهلها معاملة وارضها مزارعة علی نصف
ما خرج من ثمر وزرع وبذلك عمل الصحابة والتابعون والصالحون الی یومنا هذا بلا نکیر وبه یفتی
لاحتیاج الناس الیها وتعاملهم بها فان الانسان قد یکون له ارض ولا یهتدی الی الزراعة
وقد یکون مهدیا ولا یکون له ارض فمست الحاجة الی انعقادها لینظم مصلحتهما ویحصل
مقصودهما من الزرع کالمضاربة بشرط صلاحیة الارض للزرع لان المقصود لا یحصل بدونه وبشرط
اهلیة العاقدین وهذا الشرط لا یختص بالمزارعة فان اهلیة العاقدین شرط فی کل عقد وبشرط
ذکر المدة بان قال الی السنة او سنتین وما اشبه ذلك ولو ذکر مدة لا یتمکن فیها من الزراعة
فسدت وکذلك اذا ذکر مدة لا تعیش احدهما الی مثلها غالبا لان العقد یرد علی منفعة الارض
اذا کان البذر من قبل العامل او منفعة العامل ان کان البذر من قبل رب الارض والمنفعة
لا یعرف مقدارها الا ببیان المدة وعن محمد رح انها من غیر ذکر المدة جائزة ویقع علی سنة واحدة
ای زرع واحد وبه اخذ فقیه ابو اللیث وبشرط ذکر رب البذر لان المعقود علیه یختلف باختلافه
فان البذر اذا کان من قبل العامل فان المعقود علیه منفعة الارض وان کان البذر من قبل رب الارض
فالمعقود علیه منفعة العامل ولا بد من بیان المعقود علیه وبشرط ذکر جنسه ای جنس البذر
لانه لا بد من اعلام الاجرة ولا یصیر ذلك معلوما الا ببیان جنس البذر وبشرط قسط الشریك
الاخر ای من لیس البذر من قبله لانه یستحق ذلك عوضا عن العمل بالشرط وما لم یکن معلوما
لا یستحق شرطا بالعقد وبشرط التخلیة بین الارض وبین العامل حتی اذا شرط فی العقد
کل ما یمنع به التخلیة وهو مثل عمل رب الارض مع العامل لا یصح العقد وبشرط شیوع الحب الحاصل
من الارض بینهما یعنی ینبغی ان لا یشترط فیه مقدار معین لاحدهما لا یجوز ان لا یخرج من
الارض الا ذلك القدر فلم یبق الشرکة علی ذلك التقدیر ومن شرطها
بقاء الشرکة فتفسد ان شرط ما ینافیه ای شیوع الحب الخارج کرفع رب البذر
بذره او رفع الخراج ثم قسمت الباقی بینهما لجواز ان لا یخرج من الارض الا قدر البذر

او الخراج فيؤدي الى قطع الشركة وهذا اذا كان الخراج موظفا اما اذا كان الخراج مقاسمة
نحو الثلث او الربع يجوز كما لو شرط رفع عشر وقسمة الباقي والارض عشرية لانه مشاع فلا
يؤدي الى قطع الشركة وكذا تفسد ان شرط كل التبن لغير رب البذر لانه شرط يؤدي
الى قطع الشركة بان لا يخرج من الارض الا التبن ولا ينعقد الحب وصح شرط التبن للآخر
اي لرب البذر فان هذا الشرط مقتضى العقد لان التبن نماء ملكه وغيره انما يستحق بالشرط
ولا شرط او لم يتعرض للتبن فانه يصح ايضا والتبن لرب البذر وقيل التبن بينهما ايضا لان المعتبر
هو العرف فيما لم ينص عليه العاقدان ولانه تبع الحب فيعطى له حكمه ولا تصح شركة المزارعة عندهما
الا بشرط ان يكون الارض والبذر لاحد الشريكين والبقر والعمل للآخر لان رب الارض كان
استأجر العامل للعمل والبقر آلة للعمل فجاز شرطه عليه كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة
نفسه او يكون الارض وحدها لاحد والبذر والبقر والعمل للآخر لان رب البذر كان استاجر
الارض بجزء معلوم او يكون العمل وحده له اي لاحد والباقي للآخر لان رب الارض كانه استاجر
العامل يعمل بآلته فيصح كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة رب الثوب واعلم ان ما يقوم به المزارعة
اربعة وهي الارض والبذر والعمل والبقر وبهذا الاعتبار يصير الاقسام العقلية سبعة لانه
اما ان يكون احد هذه الاربعة فقط لاحد الشريكين كالارض او البذر او العمل او البقر والثلثة
الباقية من الشريك الآخر فهذه اربعة اقسام واما ان يكون اثنان من احدهما واثنان من
الآخر فهذه ثلثة اقسام كما اذا كان الارض مع البذر او مع البقر او مع العمل من احدهما
والباقيات من الآخر فثلثة من الاقسام السبعة صحيحة وهي المذكورة في المتن واربعة منها
فاسدة وقد نظم المصنف رح في هذه بيتا فارسيا **شعر** زمين تنها عمل تنها زمين با تخم اي
عاقل ورای این سه صورت دان همه ناجائز وباطل وعن ابي يوسف انه اذا كان الارض والبقر
لواحد والبذر والعمل للآخر فهي صحيحة وهي خلاف ظاهر الرواية واذا صحت المزارعة فالخارج
يكون على الشرط لصحة الالتزام والمسلمون عند شروطهم ولا شيء للعامل

ان لم يخرج شئ من الارض لان الشركة فى الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا
فسدت المزارعة ولم يخرج شئ فانه يجب اجر المثل للعامل فى الذمة واذا عقدت المزارعة وابى احد
المتعاقدين على المضى فى العقد يجبر من ابى عن المضى الا رب البذر فانه لا يجبر على المضى
لانه لا يتوصل على الوفاء بالعقد الا باتلاف البذر وفيه ضرر فلا يجبر على ذلك كما لو استاجر
اجيرا لهدم داره ثم بدا لصاحب الدار الامتناع من الهدم لم يجبر على ذلك فكذا هذا فاما اذا امتنع
الذى ليس من قبله البذر فانه يجبر على المضى لان الوفاء بلا ضرر يلحقه فان ابى رب الارض
والبذر من قبله بعد ما كرب الارض العامل فلا شئ للعامل فى عمل الكرب لان عمله انما يتقوم بجزء الخارج
ولا خارج هنا قالوا هذا الجواب فى الحكم لكن فيما بينه وبين الله تعالى يجب ان يسترضى العامل و
يعطى مثل اجر مثله لانه انما اشتغل باقامة هذه الاعمال ليحصل له من الخارج فاذا اخذ الارض منه فقد
غره فيفتى ان يطلب رضاء وان فسدت المزارعة فالخارج لرب البذر لانه نماء ملكه وانما يستحق الاخر
بالتسمية وان فسدت يكون النماء كله لرب البذر وللاخر اجر المثل فلو كان البذر من قبل رب الارض
فللعامل اجر مثل عمله وان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض اجر مثل ارضه ولكن عند
ابى حنيفة وابى يوسف ولا يزاد اجر المثل على ما شرط له فى المزارعة لرضاه بسقوط الزيادة
وعند محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ وتبطل المزارعة بموت احدهما اى احد المتعاقدين فلو كان
دفع الارض الى ثلث سنين فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يحصد ومات رب الارض
ترك الارض فى يد المزارع حتى يحصد الزرع ويقسم بالشرط وتنتقض المزارعة فى السنتين
الباقيتين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة الحقين حق المزارع والورثة
وفى القطع ابطال الحق للعامل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار
تنتقض المزارعة لانه ليس فى ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة العمل لانه
يتقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب شئ وتفسخ المزارعة بدين يلحق صاحب الارض يحوج له
الى بيعها اى بيع الارض وهذا قبل ان ينبت الزرع ولو نبت ولم يحصد لم يبع الارض فى الدين حتى

يحصد

بحصة لانه لو بيع الارض في الدين يؤدي الى ابطال حق المزارع اصلا وفي التاخير اضرار بالغرماء لكن ضرر التاخير اهون فيتاخر البيع الى وقت الحصاد فان مضت المدة ولم يدرك الزرع فعلى العامل اجر الارض اجر مثل نصيبه من الارض حتى يدرك الزرع لان انقضت المدة فقط انتفى العقد الا ان في قلعه ضرر لقضا العقد بالاجرة كما في الاجارة ونفقة الزرع مثل اجر السقي ونحوه عليهما بالحصص على مقدار حقوقهما حتى يحصد لانه عمل في مال مشترك حتى انتهى العقد بانتهاء المدة واستحق في العمل على العامل انما كان في المدة بالعقد ولم يبق كاجر الحصاد ونحوه كالرفاع اي رفع الزرع الى البيدر والدوس والتذرية فانه ايضا عليهما بالحصص فان شرط اجر الحصاد ونحوه في المزارعة على العامل فسدت عند محمد وهذا الحكم علم في جميع المزارعات غير مختص بصورة انقضاء المدة والزرع لم يدرك وهذا لان المزارعة ينتهي بحصاد الزرع وليس الحصاد من عمل المزارعة في شيء فكان شرطا مفسدا للعقد وصح هذا الشرط عند ابي يوسف لانه متعارف وهو اختيار مشائخ بلخ وبه يفتي قال شمس الائمة السرخسي وهو الصحيح في ديارنا والحاصل ان الاصل ان كل عمل قبل الادراك كالحفظ والسقي فهو على العامل لان العقد وقع على العمل وكل عمل بعد تمام الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس والرفاع فهو عليهما لان الخارج ملكهما وكل عمل بعد القسمة كالحمل الى البيت فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة قال الفقيه ابوبكر البلخي كان محمد بن سلمة وغيره من مشائخ بلخ يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرائط ويزيدون على هذه ويقولون بجواز شرط تنقيته والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارف

فصل المساقاة

هي لغة مفاعلة من السقي وشرعا دفع الشجر الى من يصلحه بجزء شائع من ثمره الخارج وهي كالمزارعة في انها باطلة عند ابي حنيفة وعندهما صحيحة والفتوى على قولهما وفي ان شروطها كشروطها مما يمكن وجوده في المساقاة كاهلية العاقدين وبيان نصيب العامل والشركة في الخارج والتخلية بين الاشجار والعامل واما بيان البذر ونحوه لا يمكن في المساقاة

وقال الشافعي ومالك رح المساقاة جائزة ولا يجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة وشرط التبعية عند مالك ان يكون الاصل ضعف التبع لان به يتحقق التبعية الا انها يصح بلا ذكر المدة لان لادراك الثمر وقتا معلوما عادة فصارت المدة معلومة وان تقدم او تاخر فذلك يسير وتقع العقد على اول ثمر يخرج لانا تيقنا ان العقد يتناول اول الثمر فيما وراء ذلك يشك فلا يثبت الا بالتيقن ولو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله في ذلك من بذرها فهو بينهما نصفا ولم يسم مدة جاز استحسانا وادراك بذر الرطبة كادراك الثمر في انه لا يشترط بيان المدة لان لادراك البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة يكون صحيحا والرطبة لصاحبها ولو دفع الاصول رطبة على ان يقوم عليها حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها على ان الخارج بينهما فهو فاسدة لانه ليس لذلك نهاية معلومة في العادة وجهالة المدة في المساقاة يفسده اذ لو دفع اصولا رطبة نابتة في الارض مساقاة ولم يسم سنة او الاكثر فهذا على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزازها وقت معلوم فالعقد جائز ويقع على الجزة الاولى وهذا لان الرطبة مما يزداد طولا بطول المدة فمتى لم يكن وقت الجزاز معلوما كان مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان مدة ادراكها وقتا معلوما اذا بلغ ذلك لا يزداد بعد ذلك وان طول الزمان اما الرطبة فبخلافه فظهر ما ذكرنا من تفصيل المسائل انه ليس المراد به اذا دفع رطبة مساقاة لا يشترط بيان المدة ويمتد لادراك الا بذر الرطبة ولا توجه ان يقال ان الغالب ان البذر فيها غير مقصود بل يحصد في سنة ستة مرات او اكثر وان اريد البذر يحصد مرة ويترك في المرة الثانية الى ان يدرك البذر ففيها لا يوجد البذر ينبغي ان يقع على السنة الاولى وذكر مدة لا يخرج الثمرة فيها كما اذا دفع نخلا او شجرا وكرما مساقاة شهرا معلوما يعلم انها لا يخرج ثمرة في تلك المدة يفسدها لان المقصود الشركة في الخارج وهذا الشرط يمنع ما هو المقصود فيكون مفسدا للعقد بخلاف ذكر مدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج فيها بل يتاخر عنها فانها لا يفسدها بل جاز موقوفة فان خرج الثمر في تلك المدة فهو بينهما على ما شرطا لصحة العقد فان لم يخرج فيها بل تاخر عن تلك

المدة فللعامل اجر المثل فيعمل الى ادراك الثمر لفساد العقد لانه تبين انهما سميا مدة لا يخرج
الثمار فيها ولو كان معلوما عند ابتداء العقد كان فاسدا فكذا اذا تبين في الانتهاء بخلاف ما اذا
لم يخرج اصلا لانه بما حدث من الآفات لا تبين ان الثمار لا يخرج في المدة المذكورة فلم يتبين المفسد
فبقي العقد صحيحا وموجبه الشركة في الخارج ولا خارج فلم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء ولا
تصح المساقاة ان ادرك في بعض النسخ انتهى الثمرة وقت العقد لان الشركة بعد المساقاة
انما تصح فيما يحدث بعمل العامل ويزداد بعمله ولا اثر للعمل بعد الادراك كالمزارعة فانها ان استحصد الزرع
وادرك لا تصح ايضا فان مات احدهما اي ان مات رب الارض والثمر في مدة يقوم العامل عليه وان
كره وارث رب الارض او ان مات العامل وارثه عليه وان كره رب الارض دفعا للضرر عن الجانبين
ولا تفسخ المساقاة الا بعذر كما ذكر في المزارعة وكون العامل مريضا مرضا يضعفه ولا يقدر على
العمل او كونه سارقا معروفا بالسرقة يخاف منه على شعفه اي غصون النخل قبل الادراك او ثمره
عذر لانه يلزم رب الارض ضرر لم يلتزمه فتفسخ ودفع رجل الى رجل فضاء اي ارضا
بيضاء سنين معلومة ليغرس فيها نخلا او شجرا او كرما ويكون الارض والشجر مشتركا
بينهما لا تصح لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله وهو الارض
وان غرسها فاخرجت الثمرة فجميع الثمر والغرس لرب الارض فللآخر اي للغارس قيمة غرس واجر
عمله فيما عمل لانه استاجره بجعل ارضه بستانا بآلات نفسه على ان يكون اجره نصف
البستان الذي يظهر بعمله وآلته ويكون في معنى قفيز الطحان المنهي عنه فيكون
فاسدا ثم الغرس عين مال قائمة كانت للعامل وقد تعذر ردها عليه للاتصال
بالارض فيلزم قيمتها مع اجر مثل عمله فيما عمل لانه ابتغى على عمله عوضا ولم يسلم له فيستوجب
اجر المثل وقيل حيلة الجواز في ذلك ان يبيع نصف الاغراس بنصف الارض ويستاجر
صاحب الارض العامل ثلث سنين بشيء قليل ليعمل في نصيبه وفي فتاوى قاضي خان
رجل دفع الارض الى رجل مدة معلومة على ان يغرس المدفوع اليه فيها اغراسا على ان

ما يحصل من الاغراس والثمار بينهما **كتاب احياء الموات** هي ارض خراب وخلافه عامر بلا نفع اي تعذر زرعها لانقطاع ماءها عنها او لغلبة عليها ونحوه اي مما يمنع الزراعة ولا يعرف مالكها ويشترط عند محمد ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله ان لا يكون مملوكا لاحد لانه اذا كان مملوكا لمسلم او ذمي لا يكون مواتا لانه ان عرف مالكه فهو له وان لم يعرف مالكه فهو لعامة المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون لاحد ان يملكه على التخصيص ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها بعيدة عن العامر بحيث اذا وقف انسان جهوري الصوت على مكان عال فصاح باعلى صوته لا يسمع صوت ذلك الانسان من اقصاه اي من اقصى العامر فالى اي موضع ينتهي صوته يكون من فناء العمران لان اهل القرية يحتاجون الى ذلك الموضع لرعي المواشي وغيره وما وراء ذلك يكون من الموات ان لم يعرف مالكه والبعيد من القرية على ما قال شرط ابو يوسف رح لان الظاهر ان ارتفاق اهلها منه لا ينقطع اذا كان قريبا من القرية وعن ابي يوسف في رواية ان البعيد قدر غلوة وعن محمد يعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية فالحاصل ان عند ابي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد وعند محمد يدار الارتفاق وشمس الائمة اعتمد على ما اختاره ابو يوسف من احياه المراد بالاحياء جعله صالحا للنماء والزراعة بعد ان لم يكن كذلك ملكه ان اذن له الامام وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه ومن حجر ارضا التحجير هو الاعلام مشتق من الحجر وهو المنع فان من اعلم في موضع من الموات علامة فكانه منع الغير من احياء ذلك الموضع ثم التحجير قد يكون بوضع الاحجار عليه وقد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها ليمنع الناس من الدخول او حفر فيه بيرا ذراعا او ذراعين ولم يعمرها الى ثلث حجج دفعها الامام الى غيره بعد ما اخذها منه لانه انما دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر والخراج

فاذا لم يحصل بدفعه الى غيره ليحصل المقصود وانما شرط ترك ثلث سنين لانه اذا اعرض يحتاج الى
ان يرجع الى وطنه وتهيا اسبابه ثم يرجع الى ذلك الموضع فيحييه فيجعل له من المدة للرجوع الى وطنه
سنة لان دار الاسلام يقطع من ادناها الى اقصاها سنة فلعله انما يحجر في اقصاء طرف دار الاسلام
وبلده في طرف الآخر من دار الاسلام ولاصلاح اموره في وطنه سنة وللرجوع الى ذلك الموضع سنة
وهذا من طريق الديانة واما في الحكم اذا احياها انسان قبل مضي هذه المدة فهي له لتحقق الاحياء
منه دون الاول ومن حفر بيرا في ارض موات بلا اذن من الامام عند ابيحنيفة وبغير اذنه ايضا
عندهما فله حريمها للعطن والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها حول الماء وبير العطن هي التي
ينزح الماء منها باليد والناضح هو البعير وبير الناضح هي التي ينزح الماء منها بالبعير وانما يضاف
ليفرق بين ما يسقى منه باليد وما يسقى منه بالناضح اربعون ذراعا من كل جانب
لان حافر البير لا يتمكن من الانتفاع ببيره الا بما حولها فانه يحتاج
الى ان يقف على شفير البير ليسقي الماء والى ان يبني على شفير البير ما يركب
عليه البكرة الى ان يبني حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع يقف فيه المواشي
عند الشرب والى موضع تنام فيه مواشيه بعد الشرب والى موضع
القيام واستحقاق الحريم لذلك وقدره الشرع باربعين ذراعا ثم قيل اربعون ذراعا
من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع وفي القول الاصح اربعون ذراعا من كل جانب
والذراع هو المكسر وهو ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصف بالمكسر لانه نقص
بقبضة من ذراع الملك وهو من بعض الاكاسرة لا لكسرى الاخير اذ كان ذراعه سبع
قبضات كل قبضة اصابع وهذا عند ابيحنيفة وعندهما حريم بير الناضح ستون ذراعا
والحريم للعين خمسمائة كذلك اي من كل جانب في القول الاصح وعند بعضهم خمسمائة
ذراع من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا ومنع غيره من الحفر فيه اي
في حريم البير لان حريم البير صار مملوكا لصاحب البير ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فلم يكن

ان يتصرف فى ملكه فان حفر اخر بيرا فى حريم الاول فللاول ان يسد ما حفره الثانى ولا يضمنه النقصان وللاول ان يأخذ بكبس ما حفره وقيل يضمن النقصان ثم يكبسه بنفسه وهذا هو الصحيح وان حفر الثانى بيرا فى غير حريم الاول بل فى منتهاه قريبا منه فذهب ماء بير الاول وعرف ان ذهاب ذلك من البير الثانى فلا شئ عليه لانه غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له ان يخاصمه فى تحويل ماء البير الى بيره فله اى فللثانى الذى حضر فى منتهى حريم الاول الحريم من ثلثة جوانب دون جانب الاول لثبوت ملك الحافر الاول فيه وللقناة اى مجرى الماء تحت الارض حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد انها بمنزلة البير فى استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما واما عنده فلا حريم لها ما لم يظهر الماء على وجه الارض لانها نهر فى الحقيقة فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء هى بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع ومن كان له نهر فى ارض غيره فعند ابى حنيفة لا حريم للنهر الا ان يقيم بينته على ذلك وقالا له مسناة نهر يمشى عليها ويلقى عليها طينه وموضع الخلاف ان يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما ولا يكون الحريم مشغولا بحق احدهما واما اذا كان لاحدهما عليه غرس او طين يلقى عليه فصاحب الشغل اولى به بالاجماع لانه صاحب يد وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين احدهما انه اذا كان على المسناة اشجار ولا يدرى من غرسها فعنده الاشجار لرب الارض وعندهما لرب النهر وثانيهما ان ولاية الغرس على المسناة لرب الارض عنده واما عندهما لرب النهر وفى القاء الطين قيل على هذا الخلاف وقيل ان لرب النهر ذلك ما لم يفحش وهو الصحيح وان اراد ان يمر عليها صاحب النهر فقيل له ذلك والاشبه ان لا يمنع اذا لم يكن فيه ضرر قال الفقيه ابو جعفر اخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين ثم عند ابى يوسف حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعند محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس قال الفقيه ابو جعفر الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج الى كريه فى كل حين اما الانهار الصغار التى يحتاج الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق

فصل الشرب

بالكسر لغة نصيب من الماء شريعة عبارة عن نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزرع او الدواب

والشفة شرب بنی آدم والبهائم یقال هم اهل الشفة ای الذین لهم حق الشرب بشفاههم وان یسقوا
دوابهم ولکل واحد من الناس حقها ای حق الشفعة وحق السقی الدواب والشفة ان کانت تاتی
علی الماء کله بان کان جدولا صغیرا ومایردها من الابل والمواشی کثیرة ینقطع الماء بشربها قیل لا
یمنع منه لان الابل لا یردها فی کل وقت وقال اکثرهم له ان یمنع ولهم ان یاخذوا الماء منه للوضوء
وغسل الثیاب فی الصحیح ان لم یخف تخریب النهر لکثرة الدواب بکسر صفته فی کل ماء لم یحرز اما اذا
احرز صار مملوکا له فانقطع حق غیره عنه ولو کان البیر او العین او الحوض فی ملك رجل فله
ان یمنع من یرید الشفة من الدخول فی ملکه اذا کان یجد ماء آخر یقرب هذه الماء فی غیر ملك
احد وان کان لا یجد ذلك یقال لصاحب النهر اما ان یخرج الماء الیه او یترکه لیاخذ بنصیبه و
لکل واحد حق الشرب فی کل ماء ونصب الرحی الا اذا اضر العامة فح لا یکون له ذلك دفعا للضرر
عنهم او الا اذا خص النهر بغیره ای دخل ماءه فی المقاسم جمع مقسم یقال النهر له مقسم کانه اراد
موضع القسمة وهو موضع السکر المعهود کالانهار المملوکة والابار والعیون والحاصل ان المیاه
اربعة انواع الاول ماء البحار ولکل واحد فیها حق الشفة وسقی الارض حتی ان من اراد ان یکری
منها نهرا الی ارضه لم یمنع من ذلك لان الانتفاع من ماء البحر کالانتفاع من الشمس والقمر والهواء
والثانی الاودیة العظام کجیحون نهر ترمذ وسیحون نهر خوارزم ودجلة نهر بغداد فللناس فیه
الشفة علی الاطلاق وحق سقی الارض بان احیی واحد ارضا میتا وکری منه نهرا لیسقیها
ان کان لا یضر بالعامة ولا یکون فی ملك احد فله ذلك وان کان یضر بالعامة فلا یکون ذلك
وعلی هذا نصب الرحی علیه فشق النهر للرحی کشقه للسقی الثالث اذا دخل الماء فی المقاسم
ای مقسم فحق الشفة ثابت وان اراد رجل ان یسقی بذلك الماء ارضا لاهل النهر منعه عنه اضر بهم او لا
والرابع الماء المحرز فی الاوانی وهو مملوکة للمحرز وانقطع حق غیره عنه کالصید الماخوذ والانهار ثلثة
نهر غیر مملوك لاحد وهو عام من کل وجه لم یدخل ماءه فی القسمة ای لا یمکن ذلك کجیحون ونحوه فانه
لا یمکن قسمة مائه بان یکون یوم لقوم ویوم للاخرین ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة الا انه

قهستانی

عام من وجه وخاص من وجه ونهر مملوك دخل ماءه في القسمة وهو خاص من كل وجه والفاصل
بينهما استحقاق الشفعة وعدمه ومؤنة كرى نهر لم يملك ولم يدخل ماؤه في المقاسم على السلطان من بيت
المال لان ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد لمصالحهم فان لم يكن فيه اي
في بيت المال شئ فعلى العامة يجبر السلطان على كريه الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل
مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم ومؤنة كرى نهر ملك ودخل ماؤه
تحت القسمة بسواء كان عاما من وجه او خاصا من كل وجه على اهله لا على بيت المال
من اعلاه اي من اوله لا من اسفله ومن جاوز الذين يكرون من ارضه برئ من الكرى
ولم يكن عليه كرى باقي النهر وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما مؤنة الكرى عليهم جميعا من
اوله واخره بحصص الشرب والارضين بيانه ان شركاء النهر اذا كانوا عشرة فمؤنة الكرى
على الباقين اتساعا الى ان يجاوز ارضا اخرى ثم يكون على الباقين اثمانا على هذا التفصيل
الى اخر النهر عنده وعندهما المؤنة عليهم اعشارا من اول النهر الى اخره وبقول ابي حنيفة
اخذ والى الفتوى ثم انما يبرئ عن الكرى اذا جاوز حد ارضه كما ذكرنا وهو الاصح وزعم
بعض مشائخنا ان الكرى اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شئ من المؤنة واذا
جاوز الكرى ارض رجل سقط عنه مؤنة الكرى قيل هل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه قيل له
ذلك لان الكرى قد انتهى في حقه وقيل ليس ذلك مالم يفرغ الشركاء من الكرى وللتحرز عن
هذا الخلاف جرى الرسم ان ياخذ في الكرى من اسفل النهر او يترك بعض النهر من اعلاه حتى يفرغ من اسفله
وليس على اهل الشفعة شئ من الكرى وصح دعوى الشرب بلا ارض استحسانا والقياس انه لا يصح
لان شرط الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول لا يقبل الاعلام و
وجه الاستحسان ان الشرب قد يملك بغير الارض ارثا او وصية وقد يباع الارض بدون
الشرب وهو مرغوب فيه منتفع به فيصح فيه الدعوى وان اختصم قوم في شرب من النهر
بينهم لهم عليه ارضون قسم الشرب بقدر اراضيهم لان الظاهر ان حق كل منهم من

الشرب بقدر ارضه وان كان الاعلى يريد ان يسكن النهر منع الاعلى من سكن النهر اى سدة
على الاسفل لان فى السكن قطع منفعة الماء عن الاسفل وان لم يشرب الاعلى بدونه
اى بدون السكن الا برضاءهم بان اصطلحوا على ان يسكن كل واحد منهم فى نوبته او توافوا على
ان الاعلى يسكن النهر ويفهم من قوله منع الاعلى ان للاسفل سكن النهر بلا رضاءهم وينبغى
ان لا يكون له ذلك لانه يحتمل ان يضر سكن النهر من الاسفل للاعلى ومنع كل منهم اى من الشركاء
من نصب رحى ماء عليه ونحوه كالدالية وهى جذع طويل وقد سبق ذكرها كالسانية وهى
البعير الذى يستقى عليه ويقال للدلو مع ادواته سانية وكالجسر وهو ما يتخذ من الخشب
والالواح يوضع ويرفع وكالقنطرة وهو ما يتخذ من الاجر والحجر فيكون موضوعا دائما ولا يرفع
الا ان يكون ذلك فى ملكه بان يكون بطن النهر وحافتاه مملوكا له والاخر حق السيل بحيث
لا يضر بالنهر بكسر الضفة ولا بالماء بان يتغير عن سنته التى يجرى الماء عليه ومنع كل واحد من الشركاء
من التغير كما وقعت عليه القسمة مما كان قديما كتوسيع فم النهر وكالقسمة بالايام بعد
ما كانت بالكوى وهى مفاتح الماء الى المزارع او الى الجداول جمع كوة هى روزن البيت استعيرت
لثقب الماء وكذا اذا اراد ان يوخر الكوى من فم النهر فيجعلها فى اربعة اذرع من فم النهر
الى اسفله ليس له ذلك التغير لان الماء يحتبس فى ذلك المكان فيزداد دخول الماء عليه ولو اراد
ان يسفل كوته اى يجعلها اعمق مما كان او يرفعها الى وجه الارض له ذلك فى الاصح لان قسمة الماء
فى الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة وكسوق شربه
الى ارض له اخرى لم يكن له فى ذلك النهر شرب فيما مضى والشرب مما يورث لانه قد يملك
بالارث ما لم يملك بسائر اسباب الملك كالقصاص والدين والخمر فانها يملك بالارث فكذا الشرب
ويوصى بالانتفاع به لان الوصية اخت الميراث ولا يباع الشرب بلا ارض فى ظاهر الرواية
وهو القياس لانه بيع المعدوم فانه لا يدرى ان الماء يجرى فى الوقت الثانى ام لا الا عند
مشائخ بلخ فانهم يجوزون بيع الشرب لان اهل بلخ تعاملوا وتعارفوا بذلك لحاجتهم

والقياس يترك بالتعامل وقيل اذا باع الشرب بجارية جاز وتصير الماء تبعا للجري وكذا
الاجارة والهبة اي ولا يوجر شرب ولا يوهب لما ذكرنا ومن سقى ارضه من شرب غيره
يضمن هذا اختيار امام فخر الاسلام وعلى رواية الاصل لا يضمن وهو قول الامام المعروف
بخواهر زاده وذكر في خزانة المفتين ان كان لرجل شرب يوم فجاء انسان وسقى بهذا الشرب
ارض نفسه الاصح انه لا يضمن لان الماء قبل الاحراز بالاواني لا يصير مملوكا فقد تلف
ما ليس بمملوك لغيره لا يضمن من سقى ارضه فسال من مائها الى ارض جاره فنزت او غرقت
ارض جاره من هذه الماء قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا لا يتحمل ارضه عادة اما اذا سقى
سقيا لا يتحمل ارضه فيضمن لانه اجرى الماء الى ارض جاره

كتاب الوقف

الوقف في اللغة مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى وقيل هو
للموقوف وقف تسمية للمصدر في الشريعة عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق
بالمنفعة على الفقراء على وجه من وجوه الخير ثم قيل المنفعة معدوم والتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز
الوقف عنده اصلا والاصح انه جائز اجماعا الا انه غير لازم عنده فيرجع عنه ويباع ويوهب
ويورث كالعارية فينتفع به زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات وعندهما هو
حبس العين على ملك الله تعالى ويزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه يعود نفعه الى
فيلزم ولا يوهب ولا يورث كالمسجد يصير ملكا لله تعالى ضرورة حصول ما قصده
وهو كونه مصلى للمسلمين على الدوام وقيل الفتوى على قولهما فلا يزول ملك
الواقف عن الوقف عند ابي حنيفة رح الا ان يحكم به حاكم لان القاضي اذا
قضى في محل مجتهد ينفذ وصورة حكم الحاكم ان يسلم الواقف ما وقفه الى
المتولي ثم يرجع محتجا بعدم اللزوم فيقضي القاضي باللزوم فيلزم ولو حكما
رجلا فحكم المحكم بلزوم الواقف فالصحيح انه لا يرتفع الخلاف وللقاضي ان يبطله ولو علقه بموته بان يقول
اذا مت فقد وقفت داري على كذا يكون لازما بالاجماع والا في مسجد بني وافرز اي ميزه من ملكه

المتصل به بطريقه بان يجعل له طريقا عاما للمسلمين وانما شرط لزوال الملك الافراز لان المسجد
لا بد ان يكون خالصا لله تعالى لقوله تعالى وان المساجد لله فلا تدعوا مع الله احدا اى مختصة لله
ولا يخلص لله تعالى الا به واذن للناس بالصلوة فيه بان يقول للناس صلوا فيه ابدا حتى لو قال صلوا
يوما او شهرا او نحوه فصلوا لا يزول ملكه وصلى فيه واحد وشرط الصلوة فيه لان التسليم شرط عند
ابى حنيفة ومحمد رح فى الاوقاف كلها غير ان التسليم كل شئ بحسب ما يليق به وهو فى المسجد بالصلوة
فيه ثم يكفى بصلوة الواحد فى رواية عند ابى حنيفة ومحمد كما ذكر الخصاف وفى رواية
يشترط الصلوة بجماعة وهو الصحيح كذا فى الكافى وقال ابو يوسف يزول ملك الواقف
بقوله جعلته مسجدا لان التسليم ليس بشرط عنده وعند محمد رح تسليمه الى المتولى
وقبضه شرط لزوال ملك الواقف ولزوم الوقف لان زوال الملك لصيرورته حقا خالصا
لله تعالى انما يثبت فى ضمن التسليم الى العبد كالصدقات والزكوة فانها يكون ملكا لله تعالى
بواسطة كونها ملكا للفقراء لان التمليك منه لا يتحقق قصدا لان ما فى ايدينا ملكه تعالى
على الحقيقة فالوقف يكون لله تعالى بواسطة قبض المتولى وعند ابى يوسف يزول
ملك الواقف بنفس القول لان الوقف شرط لاسقاط ملك الواقف عن العين لا للتمليك
فيصح تفريع على قول ابى يوسف عنده وقف المشاع خلافا لمحمد لان التسليم والقبض
عنده شرط والقبض لا يتم فى المشاع الا بالقسمة لان القبض ان يصير الشئ فى حيز القابض
ويده من كل وجه والمشاع فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه واما
عند ابى يوسف رحمه الله تعالى فالوقف اسقاط الملك والشيوع لا يمنعه و
الفتوى على قوله والخلاف فى مشاع يحتمل القسمة واما فيما لا يحتمل
القسمة كالحمام الصغير فيصح مع الشيوع عند محمد رح ايضا
و فى المسجد والسقاية والمقبرة لا يصح مع الشيوع عند ابى يوسف رح
وصح عنده جعل الواقف تمام الغلة او بعضه لنفسه فى حال حيوته و بعد

مونة للفقراء وعند محمد لا يصح لان التسليم عنده شرط ليخرج العين عن ملكه الى الله تعالى وشرط
الغلة لنفسه ينافي ذلك والفتوى على قول ابي يوسف ترغيبا للناس في الوقف وكذا اذا
جعل الولاية لنفسه ما دام حيا صح الوقف والشرط عند ابي يوسف خلافا لمحمد رح فانه لا يجوز
الوقف عنده الا مقبوضا مسلما فاذا سلم فليس له الولاية بوجه من الوجوه وصح عنده شرط الواقف
ان يستبدل به ارضا اخرى خيرا منه او مثله اذا شاء وعند محمد الشرط باطل والوقف
جائز والآن لا يفتى بصحة الاستبدال لما فيه من الفساد وصح عند ترك ذكر مصرف مؤبد
حتى لو وقف على جهة ينقطع يصح عنده فاذا انقطع صرف الى الفقراء وان لم يسمهم ومحمد رح
شرط التابيد فقال اذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يصح اذا لم يجعل آخره للمساكين وقيل
قول ابي حنيفة كقول محمد والصحيح ان التابيد شرط على قول محمد ولكن ذكره ليس بشرط عند ابي يوسف
لان قوله وقفت يقتضي الازالة الى الله تعالى وذا مقتضى للتابيد فلا حاجة الى التابيد
وعند محمد يشترط ذكر التابيد لانه تصدق بالمنفعة والغلة وذا قد يكون موقتا وقد يكون
مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التابيد فلا بد من التنصيص عليه وصح عند محمد وقف منقول فيه
تعامل بين الناس كالمصحف ونحوه كالكتب والكراع والسلاح والفاس والقدوم والمنشار والجنازة
وثيابها وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى وعليه الفتوى وعامة المشائخ
وعن ابي يوسف انه لا يجوز في غير الكراع والسلاح وان كان المنقول شيئا لم يجر التعارف بوقفه
كالثياب والحيوان لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رح كل ما يجوز الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز
بيعه يجوز وقفه ولا يملك الوقف ولا يملك بعد الصحة لانهما ينافيان لمقتضى الوقف وبعض
المتأخرين جوزوا بيع الوقف اذا خرب لعمارة الباقي والاصح انه لا يجوز فان الوقف لا يقبل الملك كالحر
لا يقبل الرقية لكن يجوز قسمة وقف المشاع عند ابي يوسف نظرا الى ان القسمة تمييز وافراز
غاية الامر ان الغالب في قسمة غير المكيلات والموزونات معنى المبادلة الا انه جعل الغالب
في الوقف معنى الافراز لا المبادلة لان الشركة في الاعيان عيب وازالة العيب فالقسمة

يكون

شرح نقاية

قهستاني

يكون نظر للواقف وعند ابي حنيفة اذا قضى القاضي بجواز وقف المشاع نفذ قضاؤه وصار متفقا عليه كسائر المختلفات فان طلب بعضهم القسمة لا يقسم وتهايئون ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك بينه وبين غيره فهو الذي يقاسم شريكه عند من يقول بالقسمة وان كان الارض كلها له ووقف بعضها فالقاضي يقاسم مع الواقف واجمعوا على ان الكل لو كان وقفا على ارباب فارادوا القسمة لا يقسم ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط الواقف ذلك او لم يشترط ان وقف على الفقراء وما فضل منها يقسم على الفقراء وان كان وقف على رجل معين يمكن مطالبته بالعمارة واخره للفقراء فهي اي عمارته في ماله اي مال ذلك الرجل المعين اي مال شاء يطالب في حال حيوته ولا يحبس شيء من الغلة ولا ياخذ منه فان امتنع من العمارة او كان فقيرا اجره اي الوقف الحاكم وعمره باجرته ثم ان عمر رده الى مصرفه رعاية للحقين ولا يجبر الممتنع على العمارة لان في العمارة اتلاف ماله ولا يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك لها ونقضه النقض بضم النون وقيل بكسرها البناء المنقوض اي نقض الوقف وما انهدم من بنائه يصرف الى عمارته ان احتاج او يدخر الى وقت الحاجة اليها ان استغنى عنه وان تعذر صرفه اليها اي الى العمارة بيع وصرف ثمنه اليها صرف للبدل الى مصرف المبدل ولا يقسم نقضه بين مصارفه اي بين مستحقيه لانه جزء من العين وحقهم في الانتفاع دون العين والعين حق الله تعالى او حق الواقف

كتاب الكراهية

هي في اللغة مصدر كرهت الشيء كراهة وكراهية فهو مكروه اذا لم ترده ولم ترضه وكل ما كره في الشرع حرام عند محمد رح ولكن لم يلفظ به ولم يطلق عليه لفظة الحرام لعدم وجدان النص القاطع فيه فنسبة المكروه الى الحرام كنسبة الواجب الى الفرض وعندهما ما كره الى الحرام اقرب وهذا في المكروه كراهة تحريم واما المكروه كراهة تنزيه فهو الى الحل اقرب الاكل على مراتب فرض يوجر عليه ويأثم بتركه ان دفع به هلاكه

لانه لا بقاء البنية ليتمكن به من اداء الفرائض فان ترك الاكل حتى هلك فقد عصى و كل
ماجور عليه وهو ما زاد عليه بان امكنه من اداء صلاته قائما ومن صومه قال عليه السلام المؤمن
القوي احب الى الله تعالى من المؤمن الضعيف و مباح وهو ما زاد على ذلك الى الشبع ليزيد قوته ولا اجر فيه
ولا وزر و يحاسب عليه في ذلك حسابا يسيرا ان كان من حل و حرام وهو ما زاد على الاكل فوقه اي فوق الشبع لانه تبذير
واسراف الا ان قصد قوته على صوم الغد او لئلا يستحيي ضيفه ولا يجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى يضعف عن اداء
الفرائض واما تجويع النفس على وجه لا يعجزه عن اداء العبادة فهو مباح والشاب الذي يخاف الشهوة لا بأس بان
يمنع عن الاكل ليكسر الشهوة بالجوع على وجه لا يعجز عن اداء العبادات وحل استعمال الاناء المفضض الاكل والشرب فيه
عند ابي حنيفة وكذا الركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض والاناء المفضض
وكذا اذا جعل ذلك في السيف وحلقة المرآة او اللجام او الركاب او الثغر ونحو ذلك اذا كان المستعمل متقيا
موضع الفضة اي لا يكون الفضة في موضع اليد عند الاخذ و في موضع الجلوس على الكرسي السرير على هذا
القياس وقال ابو يوسف رح يكره ذلك وقال محمد يروى مع ابي حنيفة ومع ابي يوسف فصار عن محمد روايتان و
هذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع وحل استعمال آنية الاحجار كالبلور والعقيق وقال
الشافعي يكره لا يحل استعمال الذهب والفضة للرجال لان النبي عليه السلام خرج من بيته وباحدى يديه فضة وبالاخرى ذهب
فقال هذان حرامان على ذكور امتي وحل لنسائهم والفضة بمعنى الذهب الا استعمال خاتم ومنطقة وحلية سيف منها
اي الفضة فقد كان النبي عليه السلام لبس خاتما من فضة نقشه محمد رسول الله وقال بعض الناس لا بأس بالتختم بالذهب
واستعمال مسمار ذهب في الخاتم لانه تابع للفضة واما الاكل والشرب والادهان والطيب من اناء الفضة
والذهب لا يحل للرجال والنساء وكذا الاكل بملعقة من احدهما وما اشبه ذلك ولا يتختم بحديد
فان النبي عليه السلام راى على رجل خاتم حديد فقال مالي ارى عليك حلية اهل النار
فامره بالرمي وصفر فانه عليه السلام راى على رجل خاتم صفر فقال مالي اجد منك
رائحة الاصنام فامره فرمى به وحجر ومن الناس من اطلق في اليشب واليه مال شمس الائمة
السرخسي فقال الاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه عليه الصلوة والسلام كان يتختم بالعقيق ولانه

يتخذ منه الاصنام فاشبه الصفر ولو كان الحلقة من الفضة والفص من الحجر يجوز ولا يحل

ان يلبس يحل حرير الماروينا الا قدر اربعة اصابع مضمومة لا منشورة لانه عليه السلام كان يلبس

جبة مكفوفة بالحرير ويحل الحرير للنساء وفي بعض الفقهاء يحل للرجل ايضا وقال بعض الفقهاء هو

حرام عليهما وفي السير الكبير ان العلم حلال سواء كان صغيرا او كبيرا وحل ان يتوسده اي الحرير ويفرشه وان

ينام عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وكذا الخلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب وكذا حل

للرجل ان يلبس في الحرب غيره ما سداه من ابريسم ولحمته غيره كالقطن مثلا لان الصحابة

رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز اسم ثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وحل

عكسه اي ما لحمته ابريسم وسداه غيره في الحرب فقط لضرورة دفع السلاح وفيه رعب

في قلوب الاعادي ويكره في غير الحرب واعتبروا اللحمة في الحل دون السدى لان الثوب بالنسج يصير

ثوبا والنسج باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى اخر الامرين وهو اللحمة لما عرف ان العبرة في الحكم

لاخر الوصفين فيجعل اللحمة اصلا في الاباحة وفي التحريم وكره الباس الصبي ذهبا وحريرا لان النص

جعل لبسهما حراما على الذكور فكان الالباس حراما كشرب الخمر لما كان حراما كان سقيها

للصبي حراما وينظر الرجل من كل بدن الرجل والمرأة من المراة والرجل سوى ما بين السرة

الى الركبة قال عليه الصلوة والسلام عورة الرجل ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وهذا

يبين ان السرة ليست بعورة بخلاف ما يقول الشافعي رح انها عورة والركبة عورة خلافا له

والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر واعلم ان مسائل النظر اربعة اقسام نظر الرجل الى الرجل

كما ذكرنا والمرأة الى المرأة والمرأة الى الرجل ونظر الرجل الى المراة وهو اربعة نظر الرجل الى

زوجته ومملوكته والى ذوات محارمه والى اماء الغير والى الحرة الاجنبية ثم حكم العورة

في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوءة حتى من رأى غيره مكشوف الركبة

ينكر برفق ولا ينازعه ان لج وان رآه مكشوف الفخذ انكر عليه بعنف ولا يضربه ان لج

وان رآه مكشوف السوءة امر بستر العورة وادبه على ذلك ان لج وما يباح النظر

اليه من الرجل يباح مسه فان ما ليس بعورة يجوز مسه كما يجوز النظر اليه وينظر المرأة من المرأة ومن الرجل محرما كان او لا سوى ما بين السرة الى الركبة وعن ابي حنيفة ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه حتى لا يباح لها الى النظر الى ظهرها وبطنها والاول اصح وينظر الرجل من محرمة بنسب او رضاع او مصاهرة ومن امة غيره الى وجهها ورأسها وساقها وعضدها وكل ما وراء الظهر والبطن والفخذ وكما يجوز النظر الى هذه المواضع يباح المس وانما يباح النظر والمس اذا امن الشهوة على نفسه وعليها اما اذا خاف الشهوة على نفسه او عليها فلا يحل له ذلك ويحل ان يخلو ويسافر بمحرمة فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وفخذها دون ما تحتها اذا امن الشهوة فان خاف على نفسه او عليها يقينا او ظنا او شكا فيجتنب عن ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا فان لم يمكنها يتكلف بالثياب لئلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن نفسه بقدر الامكان وينظر الرجل من الحرة الاجنبية الى الوجه والكفين لانها يحتاج الى ابداء وجهها في المعاملة مع الرجل والى ابداء كفيها في الاخذ والاعطاء ومواضع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يباح الى قدميها ايضا وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا وهذا اذا لم يكن النظر عن شهوة فان كان يعلم انه ان نظر اشتهى لم يحل النظر الى شيء منها وكذا اذا شك في الاشتهاء وكان اكثر رأيه ذلك ولا يحل ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يامن الشهوة وهذا اذا كانت شابة تشتهى فان كانت عجوزة لا باس بمصافحتها ومس يدها وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها فلا باس ان يصافحها والصغيرة ان كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها وينظر الرجل من السيدة الى الوجه والكفين كالحرة الاجنبي وقال مالك والشافعي نظره اليها كنظر الرجل الى ذوات محارمه وشرط في حل النظر الامن من الشهوة الا عند الضرورة كالقضاء فان القاضي اذا اراد ان يحكم يجوز ان ينظر الى وجهها وان خاف ان يشتهي والشاهد اذا اراد الشهادة يجوز له النظر وان لم يأمن من

الشهوه

الشهوة فان الضرورات تبيح المحظورات ولكن عند النظر ينبغي ان يقصد اداء الشهادة
والحكم عليها ولا يقصد قضاء الشهوة واختلفوا فيما اذا دعي الى تحمل الشهادة وهو يعلم انه
اذا نظر اليها اشتهاها فمنهم من يجوز ذلك بشرط ان يقصد تحمل الشهادة والاصح انه لا يحل
ذلك وكذا اذا اراد ان يتزوجها فلا باس ان ينظر اليها على وجه ارادة النكاح وان كان يعلم انه
يشتهيها وكذا المشتري عند ارادة الشراء للجارية يجوز له النظر اليها وان يامن الشهوة وكلما يباح النظر
اليها يباح مسه منها اذا امن الشهوة على نفسه وعليها وكذا في المبسوط وذكر في المختصر ولا باس بان يمس
ساقها وصدرها او ذراعها او ينظر الى ذلك كله مكشوفا وقال الشافعي ومشائخنا يباح النظر
في هذه الحالة وان اشتهى ولا يباح المس اذا اشتهى لان اباحة النظر ليعلم قدر المالية
وهو يصير معلوما بالنظر بدون المس وكذا الطبيب ينظر الى موضع المرض لارادة المداواة
ولكن ينظر الى موضع المرض من العورة بقدر الضرورة وينبغي ان يعلم امراة مداواة
المراة لان نظر الجنس الى الجنس احق فان لم يجد امراة تداوي او لم يقدر على تعليم امراة وخيف
الهلاك فلا باس بان يستر منها كل موضع سوى موضع المرض ثم تداويها
رجل ويغض بصره ما استطاع الا من ذلك الموضع وكذا ينظر الرجل الى الرجل الى موضع
الاحتقان من الرجل عند الحاجة والخصي الذي ينزع خصياه ونحوه كالمجبوب والعنين
والمخنث كالفحل في النظر الى الاجنبية وقد رخص بعض المشائخ اختلاط مجبوب جف
ماءه بالنساء والاصح انه لا يجوز ذلك وكذا رخص البعض في الترك مع النساء مخنثا
في اعضائه لين وفي لسانه تكسير ولا يشتهي النساء ولا يكون مخنثا في الردي من الافعال
والاصح ان يقول كل من كان من الرجل فلا يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا وينظر الرجل
والمراة الى كل اعضاء من يحل بينهما الوطي فينظر الرجل الى فرج زوجته وامته وسائر اعضائها من شهوة
وكذا العكس الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه وكان ابن عمر يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى
اللذة وما يحل نظره من الاعضاء المذكورة حل مسه على ما ذكرنا واذا حاضت طلت امة بشراء وهبة

او وصية او غيرها ولو كانت الامة بكرا او كانت مشتريه ممن لا يطأ كما اشترت من امرأة او عبد مأذون او محرم لها غير ذي رحم او كانت الامة من مال صبي وباعها ابوه حرم عليه وطيها ودواعيه كالقبلة واللمس والمعانقة والنظر الى فرجها بشهوة حتى تستبرى اى تطلب براءة رحمها عن ابي يوسف رح انه اذا تيقن بفراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه الاستبراء بحيضة كاملة ولا يجوز بالحيضة التي اشتراها في اثنائها وعن ابي يوسف انه اذا طهرت من هذه الحيضة فله ان يطأها بعد القبض فلا يجزى بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غير ذلك من اسباب الملك وقبل القبض خلافا لابي يوسف فيمن تحيض والاستبراء بشهر في ذات شهر ممن لا تحيض من صغر او كبر لان الشهر قائم مقام الحيض وبوضع الحمل في الحامل فان العدة تنقضي بوضع الحمل فلان تنقضي به مدة الاستبراء اولى وان ارتفع حيضها بان صارت ممتدة الطهر فهي ممن تحيض يتركها حتى تبين انها ليست بحامل ثم وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية الا ان مشائخنا قالوا تبين ذلك بشهرين او ثلثة اشهر وكان محمد رح يقول استبراءها باربعة اشهر وعشرة ايام ثم رجع وقال استبراءها بشهرين وخمسة ايام والفتوى عليه ورخص حيلة اسقاطه اى اسقاط الابراء عند ابي يوسف وقال محمد يكره والماخوذ قول ابي يوسف ان علم عدم وطي بايعها في هذا الطهر وقول محمد فيما اذا علم انه وطيها وهي ان لم تكن تحته اى المشتري حرة ان ينكحها ثم يشتريها ويقبضها ولا يلزم الاستبراء لانه بالنكاح ثبت عليها الفراش ولا يلزم الاستبراء ثم اذا اشترى زوجته لا يجب ايضا وان كانت تحته اى المشتري حرة ان ينكحها البائع الشخص الاخر قبل الشراء او بعد الشراء قبل القبض ثم يشتري في الصورة الاولى او يقبض المشتري في الصورة الثانية ثم يطلق الزوج في الصورتين قبل الدخول ولا يلزم الاستبراء في الصورتين اما في الصورة الاولى فلانه اشترى منكوحة الغير ولا يحل وطيها فلا استبراء فاذا طلقها الزوج قبل الدخول حل للمشتري وح لم يوجد حدوث الملك فلا يجب الاستبراء واما في الصورة الثانية فلان الاستبراء يجب بعد القبض وح لا يحل الوطي

لانها منكوحة الغير فاذا حل بعد طلاق الزوج ولم يوجد حدوث الملك فلا يجب الاستبراء
ومن فعل بشهوة احدى دواعي الوطي كالقبلة واللمس مثلا بامتين لا تجتمعان نكاحا كالاختين
اوام وبنت اوكانت احدهما عمة الاخرى اوخالتها حرم عليه وطيهما بدواعيه حتى يحرم احدهما
على نفسه بان باعها او اعتقها اونكحها اوغير ذلك ولو وطي احدهما حل له وطي الموطوءة
دون الاخرى وكره تقبيل فم الرجل اويده اوشيئا منه وعناقه في ازار واحد وهي قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف رح لا باس بالتقبيل والمعانقة قال ابو منصور المكروه من المعانقة ماكان على وجه
الشهوة واما على وجه البر والكرامة فى المرء قالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار اما اذا كان
عليه قميص اوجبة فلا باس به بالاجماع وهو الصحيح ورخص بعض المتأخرين بتقبيل يد العالم
اوالمتورع على سبيل التبرك وعن سفيان ان تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره
لا يرخص فيه قال صدر الشهيد هو المختار ومايفعل بعض الجهال من تقبيل يد نفسه اذا
لقي غيره مكروه فلا رخصة فيه ومايفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام
والفاعل والراضي به اثمان وذكر صدر الشهيد انه لايكفر بهذا السجود لانه يريد التحية
دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر ولا باس
بالمصافحة لانها سنة قديمة واما القيام لتعظيم الغير فمن الشيخ ابي القاسم الحكيم انه اذا دخل عليه احد من
الاغنياء يقوم له ويعظمه ولايقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون مني
التعظيم فاذا تركت تعظيمهم تضرروا ولا يطلب الفقراء وطلبة العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب
السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه وكره بيع العذرة وهي رجيع الآدمي خالصة لانه نجس العين
وعن ابي حنيفة انه لاباس بالانتفاع من العذرة الخالصة وصح بيعها مخلوطة بالتراب اوالرماد
فالمخلوطة مال متقوم يجوز بيعها والانتفاع بها بالقائها في الاراضي وصح بيع السرقين بالكسر
معرب سرگين وقال الشافعي رح لا يصح قال الشيخ ابو منصور كل ما انفصل من الآدمي لا يجوز الانتفاع
به نحو الظفر والشعر والعذرة واما ما انفصل من غير الآدمي من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع

به وصح خصاء البهائم وخصاء الهرة اذا كان فيه منفعة او دفع ضرر ولا باس بكي الاغنام
وكي الصبيان اذا كان لداء اصاب الصبيان ولا يصح خصاء الادمي لانه لا يتعلق به منفعة مشروعة
ولهذا كره كسب الخصي لانه كسبه يحصل بالمخالطة مع النسوان وصح انزاء الحمير على الخيل لانه
عليه الصلوة والسلام ركب البغلة واقتناها ولو كان هذا الفعل مكروها لما فعل لان فيه فتح
بابه وصح سفر الامة وام الولد بلا محرم بل مع الاجانب قالوا هذا في زمانهم لغلبة الصلاح
واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد وصح بيع العصير ممن يتخذه خمرا لان العصير يصلح لامور
شتى وهو ما بعينه ليس الة الفساد وانما يكون بتغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان
عينه الة للشر بلا تغير وكره استخدام الخصي لان فيه تحريض الناس على هذا الفعل وكره
اقراض بقال شيئا ياخذ منه اي من البقال ما شاء ومعنى المسئلة ان رجلا فقيرا له درهم
يخاف التلف لو كان في يده وليس له فلوس حتى يشتري بها ما سنح له من الحاجات كل ساعة فيعطي الدرهم
للبقال لان ياخذ منه ما يحتاج اليه بحسابه جزءا فجزءا حتى يستوفي ما يقابل الدرهم وهذا
الفعل منه مكروه لان حاصل هذا راجع الى قرض جر فيه نفعا وهو مكروه وينبغي ان يودعه
ثم ياخذ منه ما شاء فان ضاع فهو وديعة فلا شئ عليه لانه لم يقرضه وانما اودعه وكره
اللعب بالنرد والشطرنج فان قامر فهو حرام بالاجماع وان خلا عن القمار فهو حرام ايضا لكونه
عبثا لقوله عليه الصلوة والسلام كل لعب حرام واباح الشافعي الشطرنج فان قامر بالشطرنج
سقطت عدالته وردت شهادته وان لم يقامر به وكان متاولا فيه قبلت الشهادة ولم ير ابو حنيفة
باسا بالسلام عليهم لشغلهم عما فيه وكره ابو يوسف ومحمد تحقيرا لهم حيث اسقطهم عن درجة السلام
وكره الغناء للناس لانه ينصرهم على نوع فسق ويجمعهم على ارتكاب كبيرة ولا تمنع عادة عن المجاوزة
والكذب وان كان لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه لازالة الوحشة فلا باس به وكذا كل لهو
كالضرب بالقصب والمزامير وغير ذلك وجعل الغل في عنق عبده وهو معتاد بين الظالمين قالوا هذا
في زمانهم عند قلة الاباق اما في زماننا فلا باس له لغلبة الاباق خصوصا في الهنود بخلاف التقليد

للتقليد فانه سنة المسلمين في السفهاء والمفسدين وكره احتكار قوت البشر والبهائم
الاحتكار حبس الطعام للغلاء والتخصيص بالقوت قول ابي حنيفة وعليه الفتوى وقال ابو يوسف كل
ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا ومدة الحبس قيل مقدرة باربعين
يوما وقيل بالشهر وهذا في حق المعاقبة في الدنيا لكن ياثم وان كانت المدة قصيرة ويجب امر القاضي
ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله فان لم يفعل ذلك عزره والصحيح ان القاضي يبيع اذا امتنع انتقالا
في بلد يضر باهله بان كان البلد صغيرا فاما اذا كان لا يضر بان كان البلد كبيرا فلا باس به والحاصل ان
التجارة في الطعام غير محمودة اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد الاضرار بالناس
اما اذا لم يكن شيء من ذلك فهو محمود لان الكاسب حبيب الله تعالى لا يكره احتكار غلة ارضه
لان ذلك خالص حقه لا حق لاحد فيه فلم يكن في الحبس مبطلا لحقهم ولا غلة مجلوبة من بلد
آخر عند ابي حنيفة لان حق العامة يتعلق فيما في المصر وما جلب الى فنائها فاما في غير ذلك
لا باس به وقال ابو يوسف يكره مطلقا وقال محمد كل بقعة يجلب منها الى المصر في العادة
فهو بمنزلة فناء المصر فيحرم الاحتكار فيها ويكره تسعير الحاكم على الناس الا اذا تعلق
به دفع ضرر العامة بان تعدى الارباب عن قيمته تعديا فاحشا بان يبيعوا نصف ما
يباع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين وعجز الحاكم عن صيانة حقوق المسلمين
الا بالتسعير فلا باس به بمشورة من اهل الراي والبصيرة ومن باع بما قدره الحاكم صح لانه ليس بمكره
ومن تعدى عن ذلك وباع بالثمن فوقه لم يبطل القاضي البيع وهذا واضح على قول
ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر في ابطال بيعه نوع حجر عليه وكذا عندهما
لانه حجر على قوم مجهولين فلا يصح الا ان يحجر على قوم باعيانهم وقال مالك يلزم الحاكم التسعير
عام الغلاء وقبل قول فرد كيف ما كان تعدد ان كان مميزا عاقلا سواء كان حرا او عبدا
مسلما كان او كافرا رجلا او امرأة في المعاملات لمساس الحاجة الى قبوله لكثرة وقوع
المعاملات وكون المميز العاقل من اهل الشهادة في الجملة والعدل لا يوجد في كل

موضع ثمن المعاملات الوكالة والمضاربة والرسالة في الهدايا والاذن في التجارات
فان قال عبد كافر ارسل يشتري لحما اشتريت اللحم من مسلم او كتابي يهودي او نصراني حل اكله
وان كان اشتريت من مجوسي حرم اكله لان الظاهر انه ذبحه المجوسي وشرط المسلم العدل
في الديانات لانها لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فلا يقبل الا قول المسلم العدل ولا يقبل فيها
المستور في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابيحنيفة رح انه يقبل قوله فيها كالخبر عن نجاسة
الماء حتى اذا اخبر بنجاسة الماء مسلم عدل لم يتوضأ به ويتيمم وفي قول الفاسق والمستور
تحري فان كان اكثر رأيه انه صادق يعمل به وان كان اكثر رأيه انه كاذب لا يعمل الترجيح
جانب الكذب بالتحري

كتاب الاشربة

هي لغة جمع شراب وهو كل ما يشرب من المائعات
ومراد الفقهاء بها ما حرم منها وكان مسكرا حرم الخمر وهي ني من ماء العنب اذا اغلا
بان صار اسفله اعلاه واشتد المراد بالاشتداد كونه صالحا للاسكار وقذف بالزبد
اي رماه وازاله فانكشف عنه وسكن وتميز الصافي من الدرد وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد وقال بعض الناس كل مسكر
خمر لان الخمر ما خامر العقل وكل مسكر فهو مخامر العقل ولكنا ان الاسم
للني من ماء العنب اذا صار مسكرا حقيقة باتفاق اهل اللغة وسمي خمرا
لتخمره اي لشدته وقوته فان لها قوة وهذا ليس لغيرها الا لمخامرة العقل وما ذهب انه
سمي بها لمخامرة العقل فذا لا يدل على ان كل ما يخامر العقل سمي خمرا فان الفرس الذي
يكون احد شقيه ابيض والاخر اسود سمي ابلق ولا يسمى الثوب الذي فيه لون السواد
والبياض بهذا الاسم وكذا القارورة سمي بها المعنى القرار ولا يسمى دن بها القرار
الماء والحاصل ان القياس لا يجوز في اللغة ووجه التسمية لا تطرد وقد حقق في
موضعه ثم عين الخمر حرام وان قلت ومن الناس من انكر حرمة عينها وزعم ان السكر منها حرام
فذلك باطل مخالف للكتاب والسنة والاجماع فكان انكار حرمة عينها كفر كالطلاء وهو في الاصل

مابطلى

مايطلى به عن قطران وغيره ويقال لكل ما خمر من الاشربة طلاء على التشبيه والمراد ههنا ماء
عنب طبخ ادنى طبخة فذهب اقل من ثلثيه ويسمى الباذق وقال الاوزاعى هو مباح وهو قول بعض اصحاب
الظاهر وبعض المعتزلة وغلظا اى الخمر والطلاء نجاسة كالبول والدم وحرم نقيع التمر اى السكر
وهو فى الاصل مصدر سكر من الشراب والمراد نيى من ماء الرطب اذا كان مسكرا وقال شريك بن عبد الله هو
حلال وحرم نقيع الزبيب النقيع القاء الزبيب ونحوه فى الماء لتخرج الحلاوة فى الجابية ونقعه اذا القاه
فيها ليبتل ويخرج منه الحلاوة واسم الشراب نقيع نيين اى حال كون السكر ونقيع الزبيب نيين
اذا غلت واشتدت اى الطلاء ونقيع التمر ونقيع الزبيب واشتدت وقذفت بالزبد هذا عند ابى حنيفة
وعندهما يكفى الاشتداد كما فى الخمر وحرمة الخمر اقوى من حرمة هذه الثلثة لان حرمة الخمر قطعية ثبتت
بالكتاب والسنة والاجماع وحرمة الثلث ثبتت بضرب من الاجتهاد حتى جاز بيعها وضمن متلفها عند ابى حنيفة رح
ولا يكفر مستحلها بخلاف الخمر فيكفر مستحلها فقط كما ذكرنا وحل المثلث العنبى وان غلا وهو صار مسكرا
وهو الذى ذهب ثلثاه بالطبخ وبقى ثلثه ثم غلا واشتد وقذف بالزبد وكذا ان صب فيه الماء حتى
يرق بعد ما ذهب ثلثاه ثم يطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلى ويشتد ويقذف بالزبد وهذا عند
ابى حنيفة وابى يوسف رح وقال محمد والشافعى ومالك قليله وكثيره حرام وسئل ابو حفص الكبير
عنه فقال لا يحل شربه فقيل له خالفت اباحنيفة واباايوسف فقال لا انهما يحلان للاستمراء
والناس فى زماننا يشربون للفجور والتلهى فعلم ان الخلاف فيما اذا قصد به التقوى واما اذا قصد به
التلهى فلا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وسئل عنه ايكره ذلك وعنه توقف فيه
فقال لا احرمه ولا ابيحه وحل نبيذ التمر ينبذ فى جرة الماء وغيره اى يلقى فيها حتى يغلى وحل
نبيذ الزبيب مطبوخا كل واحد منها ادنى طبخة وان غلا واشتد اذا شرب منه مايغلب على ظنه
انه لم يسكر بلانية لهو وطرب وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف وعند محمد والشافعى رح حرام واما
القدح الاخير المسكر فحرام بالاتفاق وكذا اذا قصد التلهى وحل الخليطان وهو لدى ان
يجمع ماء التمر وماء الزبيب وطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلى وقال اصحاب الظواهر لا

يحل شرب الخليطان وحل نبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة وان لم يطبخ عند ابي حنيفة
وابي يوسف اذا شرب بلا لهو وطرب وفي النوادر عن محمد ان شرب النيء منه بعد ما اشتد لا
يحل والشيخ الخسرواني ذكر الفتوى على قول محمد ولا حد على من شرب مما يتخذ من العسل والبر والشعير
والذرة والتين والفانيذ والسكر والتوت والكمثري وغير ذلك سكر او لم يسكر كذا في مبسوط شمس الائمة
السرخسي وذكر في الهداية ومبسوط شيخ الاسلام الاصح انه يحد وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد وقيل
على قول ابي حنيفة لا يحل لبن الرمكة كلحمه والصحيح انه لا يحل لان كراهة لحمه لما فيه من قطع مادة الجهاد
فلا يتعدى حكمه الى النبيذ حل خل الخمر ولو بعلاج بالقاء شيء فيه كالملح والخل وقال الشافعي التخليل ان كان
بالقاء شيء فيه لا يحل قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء كالنقل من الظل الى الشمس وايقاد النار بالقرب منه
فله فيه قولان واذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء تبعا للخل فاما اعلاه وهو الذي انتقص منه
قبل صيرورته خلا قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غلاه بالخل فيتخلل من ساعته وحل الانتباذ
في الدباء وهو القرع والحنتم هو الجرة الخضراء او كل ظرف معد للخمر وعن ابي عبيدة هي جرار حمر يحمل فيها
الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت هو الوعاء المطلي بالزفت وهو القار والنقير وهذه الظروف مختصة بالخمر
فلما حرمت حرم النبي صلى الله عليه وسلم استعمال هذه الظروف فلما مضت مدة اباح النبي عليه السلام استعمالها وحرم
شرب دردي الخمر لان فيه اجزاء الخمر ودردي كل شيء بمنزلة صافيه والامتشاط به فانه شيء تصنعه بعض النساء
لانه يزيد في بريق الشعر وحرام لانه نوع انتفاع بالخمر فحرم شرعا من كل وجه ولا يحد شاربه اي دردي الخمر
بلا سكر فان في الخمر انما يحد بشرب القليل لان قليل الخمر يدعو الى كثيره ولا كذلك في الدردي فان الطباع
لا يميل الى شربه بل من يعتاد الخمر يراق الدردي فصار كغير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر
وقال الشافعي يحد بلا سكر

كتاب الذبائح

وهي جمع الذبيحة وهي اسم ما يذبح
كالذبح بالكسر واما الذبح بالفتح فمصدر ذبح اذا قطع الاوداج حرم ذبيحة اي مذبوح لم يترك
شرعا اي لم يذكر اسم الله عليها فالتزكية شرط لحل الذبيحة وهي كما توجب
حلها توجب طهارتها وان لم يكن ماكول اللحم وما قيل اراد بالذبيحة حيوانا

من شانه الذبح حتى يخرج السمك والجراد ويتناول حرمة ما ليس بمذبوح كالمتردية والنطيحة
ونحوها ليس بسديد لان المقصود بيان حرمة مذبوح لم يترك شرعا واما مثل السمك والجراد
فمعلوم انه لا يذبح وخروج مثل المتردية والنطيحة لا يضر اذ ليس الغرض من هذا الكلام بيان حكمها
والذكوة على نوعين ذكوة الضرورة اي حال قدم القدرة وهو جرح اين كان اي في اي موضع
كان من البدن وذكوة الاختيار اي حال القدرة فيعتبر بمحل مخصوص وهو ذبح بين الحلق
واللبة وهي المنحر من الصدر وعروقه اي العروق التي تقطع في الذبح اربعة الحلقوم
وهو مجرى النفس والمرئ وهو مجرى الطعام والشراب وهو راس المعدة والكرش
والودجان هما عرقان في العنق يجري فيه الدم وقال الشافعي رح يقطع الحلقوم
والمرئ وان لم يقطع الودجان وحل المذبوح بقطع اي ثلث منها اي من هذه الاربعة
عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعنه انه يشترط قطع الحلقوم والمرئ
واحد الودجين وعن محمد انه لابد من قطع اكثر كل واحد من هذه الامور الاربعة
وعند مالك شرط قطع الكل فلم يجز القطع فوق العقدة لان الذبح حينئذ وقع اعلى
من الحلقوم وقيل يجوز وهو بناء على ما ذكر في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه
واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة واللحيين وذكر في فوائد
الامام الرستغفني من ذبح الشاة عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب ان يبقى مما يلي الراس
ايؤكل ام لا فقال هذا القول قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر بل يجوز اكلها بقيت
العقدة مما يلي الراس او مما يلي الصدر وحل الذبح بكل ما قطع الاوداج وانهر الدم مما فيه حدة
كالمروة وهي الحجر الذي فيه حدة والليطة وهي قشر القصب الا ان يكون ما فيه حدة
سنا وظفرا قائمين اما اذا كان منزوعين يحل الذبيحة بهما عندنا لكن يكره هذا الذبح
وقال الشافعي رح الذبيحة ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج ما خلا الظفر
والسن فانهما مدى الحبشة ونحن نحمل على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك وكره

النخع وهو ان يبلغ السكين النخاع وهو خيط ابيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر وقيل هو ان يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه قبل ان يسكن عن الاضطراب وكل ذلك مكروه لانه تعذيب للحيوان بلا ضرورة وكره السلخ قبل ان يبرد اي قبل ان يسكن عن الاضطراب وكره كل تعذيب بلا فائدة مثل قطع وجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح ومثل ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع اكثر العروق وان ماتت قبل قطع اكثر العروق لا يحل والحاصل ان كل ما فيه زيادة الالم لا يحتاج اليه في الذكوة مكروه وشرط في الذبح كون الذابح على ملة التوحيد اعتقادا او دعوى سواء كان مسلما فانه على ملة التوحيد اعتقادا او كتابيا فانه يدعي التوحيد ولو كان الكتابي حربيا فحل ذبيحة الكتابي الحربي والذمي والعربي والتغلبي لاطلاق قوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتب حل لكم والمتولد من كتابي وغير كتابي يحل ذبيحته لان الولد يتبع خير الابوين دينا وفيما لا يحقق الذكوة كالسمك يستوي فيه الكتابي والمجوسي وغيرهما ثم انما يحل ذبيحة الكتابي اذا لم يذكر وقت الذبح عزيرا واسم المسيح اما اذا ذكر ذلك فلا يحل كما لا يحل ذبيحة المسلم اذا ذكر غير اسم الله تعالى

او امرأة او مجنونا او صبيا يعقل اي يعلم ان حل الذبيحة معلق بالتسمية ويعلم شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه ويضبط اي يقدر على فري الاوداج ونحوه ويحسن القيام به اما اذا كان المجنون والصبي بحيث لا يعقل ولا يضبط لا يحل الذبيحة او اقلف الذي لا يختتن او اخرس لانه يومي ايماء يعرف به التسمية لا يصح الذبح من لا كتابي كالوثني لانه لا يعتقد الملة و المجوسي لانه ليس على ملة التوحيد اعتقادا ولا دعوى او مرتد لانه لا ملة له لانه ترك ما كان عليه وما انتقل اليه لا يقر عليه ولا يصح ذبح تارك التسمية عمدا وان نسي التسمية صح بعذر النسيان وقال الشافعي يصح في الوجهين وقال مالك لا يصح في الوجهين وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وقول الشافعي مخالف للاجماع فان من كان قبله اجمعوا على الحرمة اذا ترك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشائخ ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى قاض بجواز بيعه لا ينفذ

قضاء لانه مخالف للاجماع وحرم المذبوح ان عطف على اسم تعالى غيره نحو ان يقول بسم الله واسم فلان
او بسم الله ومحمد الرسول الله بجر محمد لانه اهل به لغير الله وكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره ان وصل ولم
يعطف نحو ان يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان او يقول بسم الله محمد رسول الله برفع محمد لان الشركة لم
يوجد فلم يكن الذبح واقعا له لكنه يكره لوجود الوصل صورة والقران ظاهر وذلك متصور بصورة
الحرام فيكره وحل المذبوح ان فصل غير اسم الله صورة ومعنى كالدعاء قبل الاضجاع والتسمية
لانه عليه السلام كان يقول بعد الذبح اللهم تقبل هذه من محمد وممن شهد لك بالوحدانية ولي
بالبلاغ فهذه ثلثة مسائل احدها ان يذكر موصولا على العطف والشركة والثانية ان يذكر موصولا
لا على وجه العطف والثالث ان يذكر موصولا وذكر الامام التمرتاشي ان ذكر اسم الله تعالى
واسم رسول الله موصولا بغير واو فهذا على وجه اما ان ينصب محمدا او يخفضه او يرفعه
في كلها حل لان اسم الرسول عليه السلام غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدا لكن يكره
لوجود الاصل صورة وان ذكر مع الواو ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا لهما وان دفعه يحل
لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه وعلى هذا القياس لو سمى اسما اخر مع اسم الله تعالى
وندب نحر الابل النحر قطع العروق في اسفل عنقه عند الصدر وانما ندب النحر لان موضع النحر
من الابل لا لحم عليه وما سوى ذلك من حلقه لحم غليظ والعروق تجتمع في النحر فكان النحر في الابل اسهل
وكره ذبحها الذبح قطع العروق في اعلى العنق تحت اللحيين وانما كره لمخالفة السنة وفي البقر
والغنم عكسه اي ندب ذبحها لانه ايسر لاجتماع العروق في المذبح وعند مالك ان ذبح الابل
ونحر البقر والغنم لا يحل وكفى الجرح العقر في نعم توحش ولم يمكن ذبحه لانه لم يقدر الا على ذكوة الاضطرار
او نعم سقط في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار ولم يمكن ذبحه وقال مالك لا يحل بذكوة الاضطرار
في الوجهين ولا يحل الجرح في صيد استانس لانه قدر على ذكوة الاختيار فلا يحل بذكوة
الاضطرار ولا يحل جنين ميت وجد في بطن امه حتى لو نحر ناقة او ذبح بقرة او شاة
فخرج من بطنها جنين ميت لم يؤكل الجنين عند ابي حنيفة رح وزفر و

حسن بن زياد رحمه الله تعالى أشعر أو لم يشعر وقال
ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله اذا تم خلقه اكل
لم يتم خلقه لم يؤكل وفي النوازل رجل له شاة حامل فاراد ذبحها ان تقاربت الولادة يكره
ذبحها لان فيه تضييع لما في بطنها من غير فائدة وهذا التفريع انما ياتي على قول
ابي حنيفة وفيه ايضا الجنين اذا خرج حيا ولم يكن من الوقت ما يقدر على ذبحه فمات
يؤكل وهذا التفريع على قول ابي يوسف ومحمد ولا يحل ذو ناب الناب من الاسنان
ما يلي الرباعيات وذو مخلب للطير كالظفر للانسان من سبع او طير قالوا المراد بالناب
والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بهما فذو ناب من السباع كالاسد والذئب
والنمر والفهد والثعلب والكلب والسنور البري والاهلي وذو مخلب من الطيور كالصقر والبازي
والنسر والعقاب والشاهين ولا يحل الحشرات هي صغار دواب الارض مما ليس له دم سائل وقيل
هي الفارة واليرابيع والضباب فالمؤثر في الحرمة الايذاء وهو يكون بالناب وقد
يكون بالمخلب والخبث وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام ومعنى التحريم كرامة
بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه الصفات الذميمة اليهم بالاكل لان للغذاء اثرا
في ذلك قال عليه السلام لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدي ولا يحل اكل لحم الحمر الاهلية
والبغل وكان بشر المريسي يبيح اكل الحمار الاهلي ولا يحل اكل لحم الخيل عند ابي حنيفة وعند مالك
محمد والشافعي لا باس باكله لحديث جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى يوم خيبر عن لحوم
الحمر الاهلية واذن في الخيل ولان سؤره طاهر على الاطلاق وبوله كلحمه فدل انه ماكول كالانعام
ولنا قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة الاية سيقت لبيان المنة وقد من الله علينا بالركوب ولم
يبين الاكل ولو كان ماكولا لكان اولى ببيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع لان فيه بقاء النفوس ولا يليق
بالحكيم تعالى العدول عن بيان اعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس وعلى هذا
المراد بالنقل عن ابي حنيفة انه يكره لحم الخيل كراهة تحريم اليه مال صاحب الهداية وقيل الكراهة عنده

تنزيهية لان الكراهية بمعنى الكرامة لئلا يحصل باباحته تقليل آلة الجهاد ولهذا كان سوره
ظاهرا وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح وروى الحسن عن ابي حنيفة الكراهة في سوره كما في لبنه وقيل
لا باس بلبنه لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد ولا يحل الضبع لانه من السباع وقال الشافعي يوكل الضبع
واليربوع اي موش دشتي وهو حلال عند الشافعي والغراب الابقع الذي ياكل الجيف هي جمع جيفة
وهي جثة الميتة المنتنة ولا يحل حيوان مائي وقال الشافعي رح ومالك يوكل جميع حيوان البحر
واستثنى الكلب والخنزير والانسان سوى سمك لم يطف واما الطافي الذي يموت في الماء
فهو حرام وقال الشافعي ومالك لا باس باكله الاصل في السمك عندنا ان ما مات بسبب فهو حلال كالماخوذ
منه بغير سبب لا يحل كالطافي وان ضرب سمكة فقطع بعضها يحل اكل ما ابين منه وما بقي لان موته بسبب
كذا ان وجدان وجد في بطنها سمكة اخرى لان ضيق المكان سبب لموتها وكذا ان قتلها شيء من طير الماء
او غيره وكذا ان ماتت في جب او جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فماتت
فيها لان ضيق المكان سبب لموتها واذا ماتت في الشبكة وهو لا يقدر على التخلص منها او اكل شيئا القاه في الماء
لياكله فماتت منه او ربط في الماء فماتت او انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت يوكل وان مات بحر الماء او البرد
يوكل في رواية لوجود سبب لموتها وفي الرواية الاخرى لا يوكل لان الماء لا يقتل السمك وحل الجراد وانواع السمك
والجريث والمارماهي بلا ذكوة وقال مالك لا يحل الجراد الا ان يقطع الاخذ راسه ويشويه وحل غراب
الزرع لانه يلتقط الحب وليس من سباع الطير والعقعق وقال ابو يوسف سالت ابا حنيفة عن العقعق
فقال لا باس به فقلت انه ياكل الجيف فقال انه يخلط اي تارة ياكل الحب وتارة ياكل الجيف وقال ابو يوسف
يكره اكله لان غالب اكله الجيف وحل اكل الارنب معها اي مع الذكوة لانه ليس من السباع ولا من آكلة
الجيف فصار كالظبي

كتاب الاضحية

هي بضم الهمزة وكسرها اسم لما يذبح في ايام النحر
بنية القربة لله تعالى وجمعها الاضاحي وقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا واضحات
واضحى وبه سمي يوم الاضحى اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات
ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم تصدق باللحم

وهو التمليك وهي واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عند ابي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وابي يوسف في رواية وعن ابي يوسف في الجامع انها سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي وانها عند ابي حنيفة واجبة وعند ابي يوسف سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشائخ الاختلاف والاصح انها واجبة عند اصحابنا ويجوز شاة من فرد وبقرة وبعير منه اي من فرد الى سبعة افراد ان لم يكن لفرد اقل من سبع وان كان نصيب احدهم دون السبع لا يجوز عن الكل حتى لو مات وترك ابنا وامرأة وبقرة فضحيا بها لم يجز لان نصيب المرأة الثمن وقال مالك يجوز البدنة عن اهل بيت واحد سبعة كانوا او اكثر ولا يجوز عن اهل البيتين وان كانوا اقل من سبعة واذا جاز الاضحية على الشركة يقسم الشركاء اللحم وزنا لانه موزون لا جزافا لان في القسمة معنى التمليك فيحتمل الربوا الا اذا ضم معه اي مع اللحم شيء من اكارعه او جلده ففي جانب شيء من اللحم وشيء من الاكارع او يكون في كل جانب شيء من اللحم وبعض الجلد او يكون من جانب لحم واكارع وفي اخر لحم وجلد وانما يجوز صرفا للجنس الى خلافه وصح اشتراك ستة في بقرة مشترية لاضحية وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر لانها اعدها للقربة فلا يجوز له ان يبيع شيئا منها بعد ذلك والاشتراك تمليك بعض الاضحية من الاخر ببدل وهذا بيع ولنا انه لو اشركهم معه في الابتداء بان اشتروا جملة جاز فكذا اذا اشركهم بعد الشراء قبل تمام المقصود وهذا لان الانسان قد يحتاج الى الاشتراك فانه قد يجد بقرة سمينة ولا يظفر بالشركاء وقت البيع فيشتريها ثم يطلب الشركاء فيها بعد ذلك وذا اي الاشتراك قبل الشراء احب لبعده عن الاختلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء ولا تجب عن ولده الصغير وان كان للطفل مال فقد قال بعض مشائخنا يجب ان يضحي الاب او الوصي من مال طفل غني عن ابي حنيفة وابي يوسف والاصح انه لا تجب كذا في الكافي لانه ان كان المقصود الاتلاف فالاب لا يملك في مال ولده كالاعتاق وان كان المقصود التصدق

باللحم بعد اراقة الدم فذلك تطوع ومال الصبي لا يقبل التطوع فاذا ضحى الاب او الوصي من مال
طفل غني فياكل الطفل منه وما بقي يبدل بما ينتفع بعينه كالثوب والخف لا بالدراهم ولا بما
ينتفع به بالاستهلاك كالخبز ونحوه لان التبديل بالدراهم تمول وما ينتفع به بالاستهلاك في حكم
الدراهم فلا يجوز فاول وقتها اي وقت الاضحية بعد صلوة العيد وعند مالك والشافعي رح لا يجوز
بعد الصلوة قبل نحر الامام ان ذبح في مصره فلا يجوز للمصري الذبح حتى يصلي الامام العيد لعدم
الشرط لا لعدم الوقت ووقتها بعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح في غيره اي في غير المصر فاهل السواد
يذبحون بعد الفجر والمعتبر في ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز
كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلوة فاذا اراد المصري التعجيل يامر باخراج
الاضحية الى خارج المصر في موضع يباح للمسافر قصر الصلوة فيضحي كما انشق الفجر ولو ضحى بعد ما
صلى اهل المسجد دون اهل الجبانة اجزاه استحسانا والقياس انه لا يجوز لان هذا قبل الصلوة
من وجه وبعد الصلوة من وجه فلا يجوز بالشك احتياطا في العبادات وجه الاستحسان ان الشرط
هو الذبح على اثر صلوة مصيرة وقد وجد لانها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها اجزاهم ولو كان على
العكس يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون في العيد الخروج الى الجبانة فاهل الجبانة اصل وقد
صلوا واخره اي اخر وقتها قبل غروب الشمس من اليوم الثالث فاذا غربت الشمس لم تجز التضحية
بعده وقال الشافعي رح يجوز في اليوم الرابع وهو اخر ايام التشريق واعتبر في وجوب الاضحية
الاخر اي اخر الوقت للفقير وضده اي اذا كان غنيا في اول يوم وفقر في اخرها لا يجب عليه وان
كان بالعكس يجب عليه والولادة والموت اي ان ولد في اليوم الاخر يجب عليه على تقدير الوجوب
وان مات فيه لا يجب وكره الذبح في الليل لاحتمال الغلط لظلمة الليل في الذبح او في الشاة انها له او لغيره او
يذبح شاة فات منها بعض الشرائط ولو لم يذبح حتى مضى ايام النحر يقضي الناذر المذر وجب
على نفسه تضحية شاة بعينها بان يكون في ملكه شاة فيقول على ان اضحي هذه الشاة
او يقول على ان اضحي هذه فيجب ان يتصدق بها حية وان اوجب على نفسه تضحية شاة

نقاية الرواية

هى يقتضى بتصدق الاضحية الواجبة بالنذر او بالنية عند الشرى ولم يتصدق على امته و زوجته وكذا زوجته وعبده كما فى الجنية

والاطلاق يشير الى ان القليل والكثير سواء فى ذلك فلو وجب على نفسه عشر اضحيات لزمه الكل على المختار وقيل اثنان كما فى المضمرات ١٢

مطلقا ومضت ايام النحر يتصدق بقيمتها الفقير شرى للاضحية ومضى وقتها يتصدق بها
حية لانها تجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية فاذا مضى الوقت يجب عليه التصدق
بعينها والغنى يتصدق قيمتها اذا مضى وقتها اشترى للاضحية او لا اى او لم يشتر لانها واجبة
على الغنى فى ذمته ولا يتعين ما اشتراه للاضحية فيجب عليه التصدق بالقيمة ولا يجوزان
يتصدق بها وصح الجذع وهو فى مذهب الفقهاء ما تمت له ستة اشهر من الضان هو ما يكون له
الية وذكر فى المبسوط اذا تم له سبعة اشهر فهو جذع بعد ذلك وقالوا هذا اذا كان عظيما
بحيث لو اختلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد ولا خلاف ان الجذع من المعز لا يجوز و
صح الثنى فصاعدا من غيره وهو اى الثنى ابن حول اى ما يتم له سنة وطعن فى الثانية من
الضان والمعز وابن حولين اى ما تم له سنتان وطعن فى الثالثة من البقر ويدخل فيه الجواميس
لانه من نوع البقر وابن خمس الذى تم عليه خمس سنين وطعن فى السادسة من الابل قيل بالنظم
شعر الثنايا ابن حول وابن ضعف * وابن خمس من ذوى ظلف وخف ويجوزان يذبح الثولاء
اى المجنونة قيل هذا اذا كانت تعلف وان كانت لا تعلف لا يجوز والجماء اى التى لا قرن لها خلقة
كذا المكسورة القرن بالطريق الاولى والخصى وعن ابى حنيفة انه اولى لان لحمه اطيب ولا يجوزان
يذبح عجفاء لا تنقى اى ما يكون عجفها الى حد لا يكون فى عظامها نقى اى مخ ولا عرجاء بين عرجها
بحيث لا تمشى الى المنسك ولا ما ذهب اكثر من ثلث اذنها او عينها والاصل ان العيب الفاحش مانع و
اليسير غير مانع لان الحيوان قلما يخلو عنه فلا يمكن الاحتراز وفى تقديره عن ابى حنيفة اربع روايات ففى ظاهر
الرواية عنه الزائد على الثلث حتى لو كان الذاهب اكثر من الثلث لا يجوز وان كان الذاهب
الثلث او اقل من الثلث يجوز وهكذا روى هشام عن محمد وفى رواية تستثنى الثلث
حتى لو كان الذاهب اقل من الثلث يجوز وان كان الذاهب الثلث لا يجوز وفى رواية ابن شجاع
عن ابى حنيفة الربع وفى رواية الزائد على النصف وهو قولهما وانما يعرف الذهاب
قدر النصف والثلث من العين بان يشاهد عين المعيبة بعد ان لا تعلف الشاة

يوما او يومين ثم يقرب العلف الى الشاة قليلا حتى اذا راه من مكان اعلم في ذلك ثم يشد العين الصحيحة ويقرب العلف الى الشاة قليلا قليلا اذا راه من مكان كذلك اعلم في ذلك المكان ثم يقدر ما بين رؤيته الاولى والثانية من المسافة فان كانت المسافة بينهما الثلث فقد ذهب الثلث وبقي الثلثان وان كان النصف فقد ذهب النصف وان اشترى سبعة بقرة يضحوها ومات احد سبعة قبل النحر فقال ورثته وهم كبار انحروها عنه اي عن الميت وعنكم صح استحسانا والقياس ان لا يصح وهو رواية عن ابي يوسف لان نصيب الميت صار ميراثا والتضحية تقرب بطريق الاتلاف فلا يصح من الورثة عن الميت كالاعتاق عن الميت واذا لم يجز في نصيبه لم يجز عن الشركاء ووجهه ان الورثة قائمون مقام المورث بعد موته والتبرع من الوارث عن مورثه بالقرب المالية صحيح كالتصدق عن الميت وانما لا يجوز الاعتاق لما فيه من الزام الولاء على الميت وهو ليس من اهل الولاء وانما شرط ان يكون قصد الكل قربة وان اختلف جهاتها كبقرة يذبح عن اضحية ومتعة وقران فانه يصح عندنا خلافا لزفر لاتحاد المقصود وهو القربة فان الورثة لما اذنوا صار ذلك قربة ايضا فان تضحية المرء عن غيره مشروعة بصفة القربة ولو ذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم عن الكل لانه لم يقع بعضها قربة لعدم الاذن منهم فلم يقع الكل قربة لعدم التجزي وان كان احدهم اي احد الشركاء السبعة كافرا او مريد اللحم لا يصح اي لا يجزي عن واحد منهم لان ذلك القدر لم يصر قربة لان الكافر ليس من اهلها ولكن ارادة اللحم ينافي القربة والاراقة لا تتجزى قربة فبطل الكل وياكل منها وفي اذا نذر لا ياكل منها الناذر ولو اكل فعليه قيمة ما اكل ويوكل ويهب من يشاء من الاغنياء والفقراء وندب التصدق بثلثها وان لا ينقص التصدق منه لان جهات الانتفاع ثلثة الاكل والادخار والاطعام وندب تركه اي التصدق لذي عيال توسعة عليهم وندب الذبح بيده ان كان يحسن الذبح لان الاولى في القربات ان يقوم بنفسه والا اي ان لم يحسن الذبح امر غيره به ولكن يشهدها بنفسه وله ان يامر المسلم كتابيا ان يذبح جاز لانه من اهل الذبح والقربة تقوم بانابته ونيته ولكن كره ذبح كتابي لان فعله ليس بقربة وتصدق بجلدها لانه جزءها او يعمله آلة استعمل في البيت نحو الجراب والغربال والنطع او يبدله بما ينتفع به في البيت

فالافضل ان يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب ١٢ عيني

لان الجهات ثلث الاطعام والاكل والادخار لما روينا وفي الاضحية واجبة والسنة سواء وان كانت واجبة بالنذر فليس لصاحبها ان ياكل منها شيئا ولا يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا او فقيرا ١٢ عيني

باقيا كالقدر والقصعة ولا يبدل بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك كالملح والخل والمرق ونحوها
فان بيع الجلد بغير ذلك كالدراهم والخل والملح مثلا يتصدق بثمنه لان معنى التمول سقط عن
الاضحية فاذا تمولها بالبيع انقلب القربة الى بدله فوجب التصدق به ولو غلط اثنان وذبح كل
واحد منهما شاة صاحبه صح عنهما ويأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه بلا غرم وضمان
وهذا استحسان والقياس ان لا يصح ويضمنه كل واحد منهما [illegible] وهو قول زفر رح لان كل
واحد ذبح شاة غيره بغير اذنه ووجه الاستحسان ان كل واحد منهما كان وكيلا من الآخر في الذبح
دلالة وصح التضحية بشاة الغصب وعند زفر لا يصح عنه لانه لم يكن مالكا لها ولنا انه ضمنها
وملكها عند اداء الضمان مستندا الى ضمان الغصب السابق فكان التضحية واردة على ملكه لا تصح
بشاة الوديعة لانه لا يضمنها ولا يصير غاصبا الا بالذبح فلم يثبت الملك الا بعد فكان التضحية واردة على
ملك الغير فان قيل يصير غاصبا بمقدمات كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح
قلنا التعرض للذبح قد يجيء من غير اتيان بمقدمات الذبح كما اذا ذبح قائمة مثلا فانه يصير
غاصبا بالذبح وضمنها اي شاة الغصب والوديعة كما ذكرنا

كتاب الصيد

هو في اللغة الاصطياد وقد يسمى الصيد صيدا تسمية بالمصدر فيجمع على صيود والاصطياد مباح لغير
المحرم وهو نوعان احدهما الاصطياد بالجوارح كالكلب والفهد والصقور والبازي والثاني
الاصطياد بالرمي والصيد اسم لكل حيوان متوحش طبعا لا يمكن اخذه الا بحيلة
سواء كان مأكول اللحم او غير مأكول اللحم لما في اصطياده تحصيل منفعة جلده او دفع
اذاه عن الناس يحل اكل صيد كل ذي ناب من الكلب ونحوه وذي مخلب من البازي
وقد مر في الذبائح معنى ذي ناب ومخلب والخنزير مستثنى من ذلك فلا يجوز الاصطياد
به لانه نجس العين فكان الانتفاع به محرما وعن ابي يوسف انه استثنى الاسد والدب
لانهما لا يتعلمان ولا يعملان لغيرهما اما الاسد فلعلو همته واما الدب فلخساسته
والحق بعضهم الحداة بهما لخساستها بشرط علمهما قيل هذا الشرط مغن استثناء

الاسد والذئب لانهما لا تعلمان كما ذكرنا ويشترط جرحهما فلا بد من جرح في ظاهر الرواية لتحقق
الذكوة الاضطراري وهو الجرح في اي موضع كان من البدن وقد مر من قبل وعن ابي يوسف انه لا
يشترط الجرح ويشترط ارسال المسلم يعقل الذبح والتسمية حتى لا يوكل صيد الصبي والمجنون اذا
لم يعقل الذبح والتسمية او كتابي كذلك ممن يكون له ملة التوحيد دعوى مسميا عند اي الارسال اي لا يترك التسمية عمدا
لان الارسال بمنزلة امرار السكين فلا بد من التسمية عنده على كل ممتنع بالقوائم او الجناحين متوحش فالصيد
الذي استانس ممتنع غير متوحش والصيد الواقع في الشبكة متوحش غير ممتنع لخروجه عن حيز
الامتناع يوكل اي اذا كان من جنس ما يوكل شرعا ويشترط ان لا يشاركه دواب المعلم او ذي مخلب
مما لا يحل صيده من كلب غير معلم وكلب مجوسي او كلب لم يرسل للصيد او ارسل وترك التسمية عمدا
ويشترط ان لا يطول وقفته اي وقفة المعلم بعد الارسال ويعلم المعلم بترك اكل الكلب ثلاث مرات
وهذا عند ابي يوسف ومحمد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لكن بين هذه الرواية عن ابي حنيفة
وبين قولهما فرق ففي قولهما انما يصير معلما ان صاد ثلثا ولم يوكل منها فيحل الرابع وعلى قول
ابي حنيفة على تلك الرواية يوكل الصيد الثالث وعن ابي حنيفة انه لم يوقت وقتا ولكنه فوض الى
اجتهاد صاحبه فان كان اكبر رأيه انه صار معلما فهو معلم ورجوع البازي واجابة صاحبه بدعائه
وهذا ماثور عن ابن عباس رضي الله عنه فان اكل الكلب بعد ما تركه ثلاثا تبين جهله لان علامة
العلم ترك الاكل فكان اكله علامة الجهل فلا يحل ان يوكل ما قد صاد قبل هذا الاكل وبقي في ملكه
محرزا في بيته فان الكلب اذا اكل علم انه لم يكن معلما فكلما صاد قبل ذلك الاكل فهو كلب صيد جاهل
فيحرم اذا بقي في ملك الصائد وهذا عند ابي حنيفة رح خلافا لهما واما الصيد التي اكل منها فلا
يظهر الحرمة فيها لعدم المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازات فيحرم اتفاقا ولا يحل ان ياكل
ما يصيد بعد الاكل حتى يتعلم كما في الابتداء وشرط الحل بالرمي التسمية بان لا يتركها عمدا والجرح
لتحقق ذكوة الاضطرار وان لا يقعد الرامي عن طلبه ان غاب الصيد عن بصره متحاملا سهمه
ثم ادركه واذا قعد عن طلبه ثم ادركه ميتا لا يحل بخلاف ما اذا لم يقعد فان الاحتراز عنه غير ممكن فاجزاه للضرورة

وقال الشافعی ان غاب عن بصره ثم ادرکه میتا لا یحل وقال مالک اذا غاب عنه فان لم یبت
لیلة یحل وان بات لیلة لا یحل فان ادرکه ای الصید المرسل الکلب او البازی او الرامی السهم حیا
ذکاه فان ترکها ای التذکیة عمدا حرم الصید لانه ترک ذکاة الاختیار مع القدرة علیها
کما حرم الصید اذا اصابه وقتله معراض بعرضه المعراض اسم السهم بلا ریش ولا نصل یمضی به لانه
ویصیب الشیء بعرضه فلو کان فی راسه حدة فاصاب بحدة یحل او قتله بندقة هی طینة مدورة
یرمی بها ویقال لها الجلاهق وهی ثقیلة وان کانت ذات حدة وانما حرم لاحتمال انها قتلت بثقلها حتی لو
کانت خفیفة ولها حدة یحل لتیقن الموت بالجرح ولو رماه بمروة حدیدة ولم یبضع بضعا حرم
لان القتل بالدق وکذا اذا رماه بها فان بانت راسه او قطعت اوداجه لان العرق قد ینقطع
بثقل الحجر والاصل فی هذه المسائل ان الموت اذا اضیف الی الجرح قطعا حل الصید واذا اضیف
الی الثقل قطعا حرم وان وقع الشک ولم یدر انه مات بالثقل او الجرح حرم احتیاطا او رمی
الصید فوقع فی ماء او علی سطح او جبل ثم تردی علی الارض وانما حرم لانه المتردیة والله تعالی ذکرها
فی جملة المحرمات ولانه یحتمل الموت بغیر الرمی ولو وقع علی الارض ابتداء حل لان ذلک لا یستطیع الامتناع عنه فیکون
عفوا والاصل ان سبب الحل وسبب الحرمة اذا اجتمعا وامکن التحرز عما هو سبب الحرمة یرجح جهة الحرمة وان کان مما لا یمکن التحرز
عنه جری وجوده مجری عدمه وان لم یرسل الکلب او البازی احد ولکنه انبعث علی اثر الصید بغیر ارسال فزجره مسلم
فبعثه بزجره یحل الصید استحسانا فیما لم یرسل والقیاس ان لا یحل لان الزجر لیس بارسال والارسال
شرط ووجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلک بمنزلة ابتداء الارسال ولو اجتمعا ای
الزجر والارسال من مسلم ومجوسی بان ارسله مجوسی وزجره مسلم وبالعکس یعتبر الارسال
ففیما اذا ارسله مجوسی وزجره مسلم فالزجر حرم وفیما اذا ارسله مسلم وزجره مجوسی حل
والفرق ان الزجر دون الارسال لانه بناء علیه ففی المسئلة الاولی ارسال المجوسی موجب للحرمة فلا یرتفع
بزجر المسلم لانه دونه وفی الثانیة ارسال المسلم موجب للحل فلا یرتفع بزجر المجوسی لانه دونه وکل من لا یجوز
ذکوته کالمرتد والمحرم وتارک التسمیة عمدا فی هذا بمنزلة المجوسی وان ارسل الکلب

قوله تعالی والمتردیة ... علیه السلام لعدی اذا وقع فی الماء فلا تاکل رواه البخاری ومسلم ۱۲ عینی

لانه لا یمکن الاحتراز عنه فسقط اعتباره کیلا ینسد بابه ... عینی

او البازی

والبازي على صيد فلم يأخذه وأخذ غير ما أرسله إليه حل لأنه لا يمكن التعليم بحيث يأخذ ما
عيّنه وقال مالك والشافعي لا يحل كصيد رمى فقطع عضوا منه حل الصيد ولا يحل العضو لقوله عم
ما أبين من الحي فهو ميتة وهذا إذا أبان شيئا يبقى المبان منه دونه عادة كاليد والرجل والفخذ
وما يلي القوائم والأقل من نصف الرأس وإن قطع الصيد أثلاثا والأكثر مع عجزه أي قطع قطعتين
بحيث يكون ثلثه في طرف الرأس وثلثان في طرف العجز أو قطع رأسه أو نصف رأسه أو أكثره
أو بنصفين حل المبان منه أكل كله إذ لا يتوهم بقاؤه حيا بعد هذا فكان قتلا وهذا كله
عندنا وعند الشافعي المبان والمبان منه في الوجوه كلها إذا مات الصيد وإذا رمى صيدا
فأصابه فرماه آخر فقتله فهو للأول أي ملك الأول وحرم ولم يؤكل وضمن الثاني له أي
للأول قيمته أي قيمة الصيد مجروحا وهذا إذا كان الأول أثخنه وأخرجه عن حيز الامتناع
يقال أثخنت الجراحات أي وهنته وضعفته وإنما كان ملكا للأول لأنه إذا أثخنه ملكه
بالأخذ معنى وإنما حرم ولم يؤكل لاحتمال موته بالرمي الثاني وهو ليس بذكوة لأنه بالإثخان
لم يبق صيدا فلا يحل بذكوة الاضطرار للقدرة على ذكوة الاختيار وإنما ضمنه الثاني قيمته مجروحا
لأن الأول ملكه فالثاني قد أتلف صيدا مملوكا له منقوصا بجراحة فلا يضمنه كملا لأن قيمة المتلف
يعتبر يوم الإتلاف وهذا إذا علم أن القتل حصل من الثاني بأن كان الرمي الأول بحال يجوز
أن يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه فيكون القتل مضافا إلى الثاني وإن علم أن الموت
حصل من الجرحين أو لم يدر ضمن الثاني ما نقص جراحته وإلا أي وإن لم يكن الأول أثخنه
وأخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فللثاني الصيد لأنه أخذه وقال عليه السلام
الصيد لمن أخذه وحل أكله لأن الصيد يحل بذكاة الاضطرار ويجوز أن يصاد ما يؤكل
لحمه وما لا يؤكل لأن في اصطياده تحصيل منفعة جلده أو شعره أو ريشه أو دفع أذاه
عن الناس

كتاب اللقيط واللقطة والآبق

اللقيط في اللغة من اللقط
وهو الرفع فعيل بمعنى المفعول اسم لطفل موضوع على الطريق سمي به لأنه على عرض

ان يلتقط اي يرفع وهو من باب وصف الشيء بما يؤول اليه مثل قوله عليه السلام من قتل
قتيلا فله سلبه وفي الشريعة اسم لهذا الطفل بشرط ان لا يعرف نسبه وكذا اللقطة في اللغة من اللفظ
اسم للمال يوجد في الطريق ولا يعرف مالكه بعينه سميت بها لانها يلتقط غالبا والآبق اسم المملوك الذي فر من
مولاه من ابق اذا فر رفعه اي دفع اللقيط احب عن تركه لما فيه من الترحم على الصغار وان
خيف هلاكه بان كان في مفازة او كان غالب ظنه هلاكه يجب رفعه كاللقطة وسيجئ
حكمها وهو حر لان الدار دار الاحرار فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الظاهر لا بحجة رفه كما
اذا ادعى ان اللقيط عبده واقام حجة على ذلك ونفقته وجنايته في بيت المال لانه
بعد للصرف الى المحتاجين وهو صار كالمقعد الذي لا مال له وكذا عقل جنايته في بيت المال
ولو مات وترك مالا كان ارثه له اي لبيت المال ميراثا للمسلمين لان الغرم بمقابلة الغنم فلما
كانت نفقته وجنايته في بيت المال كان ارثه له وان التقط رجل لا يؤخذ من اخذه لان يده سبقت اليه
فكان احق بحفظه ونسبه يثبت ممن يدعيه ولو كان المدعي غير الملتقط اذا لم يدع الملتقط نسب هذا
اللقيط استحسانا والقياس ان لا يثبت نسبه من غير الملتقط لان قصده بهذه الدعوى اخذه من
الملتقط وحق الحفظ ثبت له على وجه ليس لغيره ان يأخذ فلا يقبل مجرد دعواه في ابطال الحق الثابت وجه الاستحسان
ان اللقيط محتاج الى النسب فهو في الحقيقة اقرار بما ينفعه فصحت دعواه ثم من ضرورة ثبوت النسب ان يكون احق
بحفظ ولده ولو كان ادعاء النسب من رجلين معا لانهما استويا او يثبت نسبه ممن يصف منهما اي
من المدعيين علامة في جسده فيكون هو اولى به لان الظاهر يشاهد له اذا العلامة وافقت كلامه او كان
المدعي عبدا فانه يثبت نسبه منه لانه ينفعه ولكن اللقيط كان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل
الحرية الثابتة بالشك او كان ذميا فانه يثبت نسبه استحسانا والقياس ان لا يصدق لانه حكم له بالاسلام ولو جعل
ابنا للكافر يعود فيكون تبعا له في الدين فكان حكما بابطال اسلامه وجه الاستحسان ان موجب كلامه شيئان احدهما ثبوت
نسبه وذا ينفعه والآخر كفره وذا يضره فصح دعواه فيما ينفعه ولهذا نقول كان مسلما ان لم يكن في مقرهم
اي مقر الذميين اما اذا كان في مقرهم كما اذا وجد في قرية من قراهم او في بيعة او كنيسة كان ذميا

ان كان الواجد ذميا في رواية واحدة وان كان الواجد مسلما في هذه او ذميا في مكان المسلمين ففي
رواية يعتبر الواجد في الفصلين وفي رواية ايهما كان موجبا للاسلام يعتبر ذلك وفي رواية يحكم بزيه وعلامته
وان وجد مع اللقيط مال اي مال شد عليه كان له لانه في يده وهو من اهل الملك لكونه حرا وصرف ذلك
المال اليه بامر القاضي عند البعض وقيل يصرف الواجد اليه بغير امر القاضي ويجوز للملتقط قبض
لانه نفع محض وتسليمه في حرفة وصنعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله ولا يجوز للملتقط
انكاحه لان ولاية التزويج على الغير يستحق بالقرابة او الملك ولم يوجد واحد منهما ولا تصرف ماله بالبيع
والشراء والاجارة وفي مختصر القدوري له ان يواجره لانه يعود الى تثقيفه وحفظه من الآفات
وجه الاول وهو الاصح لانه لا يملك اتلاف منافعه واللقطة وقد مر معناها واختلف الناس
فيمن وجد لقطة فالمتقدمون يقولون لا يحل له ان يرفعها لانه اخذ مال الغير بغير
اذن صاحبه وبعض المتقدمين من الائمة التابعين كانوا يقولون يحل له ان يرفعها
وتركه افضل والمذهب عند علمائنا وعامة الفقهاء ان رفعها افضل من تركها لانه
لو تركها لا يامن ان يصل اليها يد خائنة فيكتمها من صاحبها ولهذا قالوا يجب
اذا خاف الضياع وهي امانة ان اخذها واشهد شاهدين على اخذه ليرد على ربها
والاشهاد ان يقول من سمعتموه ان ينشد لقطة فدلوا على صاحبها والا اي وان لم
يشهد الآخذ انه اخذها ليردها ضمن ان اقر انه اخذها لنفسه بالاجماع
وان لم يقر بهذا وقال اخذتها للرد على المالك وجحد المالك اخذها للرد ضمن عند
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول قوله في انه اخذها للرد وذكر
في فتاوى قاضي خان هذا الاختلاف في الاشهاد فيما اذا امكنه ان يشهد اما اذا لم يجد احدا
ان يشهده عند الرفع او خاف انه لو شهد عند الرفع ياخذ منه الظالم فترك الاشهاد لا
لا يكون ضامنا ان وجد من يشهده ضمن لانه ترك الاشهاد مع القدرة وعرفت اي يجب تعريف
اللقطة قليلة وكثيرة بان ينادي اني وجدت لقطة لا ادري مالكها ويصفها لا ردها

عليه في مكان وجدت وفي الجامع وان كان شيئا يعلم ان مالكها لا يطلبها كالنواة وقشور
الرمان بان كان جمعها من مواضع مختلفة وصارت كثيرة بحيث يكون له ان ياخذها وينتفع
بها بلا تعرض ولكنه يبقى على ملك المالك حتى كان له ان ياخذها وذكر شيخ الاسلام انه
ليس له ان ياخذها ويصير ملكا للآخذ وكذلك الجواب في التقاط السنابل وكان يفتي
الصدر الشهيد مدة يغلب على ظنه انه لا يطلبها مالكها بعدها اي بعد تلك المدة وهو الصحيح
ويروى عن ابي حنيفة انها ان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما على حسب ما يرى وان كانت عشرة
فصاعدا عرفها حولا وقدر محمد زمان التعريف في الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهذا
قول مالك والشافعي وعرف ما لا يبقى لو اتى عليه يوم او يومين كالاطعمة المعدة للاكل وبعض الثمار الى ان
يخاف فساده ثم اذا مضى وقت التعريف ولم يظهر صاحبه يتصدق به لانه التزم حفظه على مالكه
وذا بايصال عينه اليه ان وجده والا فبايصال ثوابه اليه فاذا بالتصدق وان شاء امسكه فربما يظهر
بصاحبه فان جاء ربها اي بعد التصدق بها فهو بالخيار ان شاء اجازه اي بالتصدق فيكون له
ثوابها وان شاء ضمن الآخذ وفي الهداية والكافي ان شاء ضمن الملتقط والمسكين اذا هلكت في يده
وايهما ضمنه لم يرجع الآخر وان كانت قائمة اخذها من يد المسكين وما انفق الملتقط عليها بلا اذن
حاكم فهو تبرع لا ولاية له على ذمة مالكها فصار كما لو قضى دين غيره بغير اذنه وما انفق باذنه
فهو دين على ربها اي مالكها لان امر الحاكم حال الغيبة كامره واجر القاضي ما له منفعة كالبهيمة
مثلا وانفق عليها من اجرتها احياء للبهيمة ونظرا للمالك حيث لا يلزم الدين عليه كالآبق اي يفعل
بالعبد الآبق مثل هذا اي اجر وانفق عليه وما لا منفعة له اذن بالانفاق عليه ان كان الانفاق اصلح
وجعل النفقة دينا على مالكها والا اي وان لم يكن الانفاق اصلح بان خاف ان يستغرق النفقة قيمتها باع اللقطة
وامر بحفظ ثمنها وانما يامر بالانفاق يومين او ثلثة ايام بقدر ما يقع عنده انه لو كان المالك حاضرا اظهر واذا حضر
المالك فللمنفق حبسها اي حبس اللقطة منه لاخذ النفقة لان هذا دين وجب له بسبب هذه الملك فكان له تعلق به
فاشبه الرهن ولا يسقط دين النفقة بالهلاك في يد الملتقط قبل الحبس فان هلكت بعد الحبس سقطت النفقة

لانها تاخذ عند اختيار الحبس فان حضر مدعيها وبين علامتها بان سمى وزن الدراهم و
عددها ووعائها ووكائها حل للملتقط الدفع اليه ولا يجب ولا يجبر على ذلك في القضاء بلا
حجة وقال مالك والشافعي انه يجبر ويجب الدفع ان بين علامة ولا باس بان ينتفع الملتقط بها ان كان فقيرا لانه
محل الصدقة والا اى وان لم يكن فقيرا لا يصرفها الى نفسه وقال الشافعي للغنى صرفها الى نفسه بحكم
القرض بل تصدق بها على الغير ولو كان التصدق على اصله كابويه وفرعه كولده وعرسه
ان كانوا فقراء ويندب اخذ الابق لمن قوى وقدر عليه لما في الاخذ من احياء حق المالك و
ترك الضال قيل احب لانه لا يبرح عن مكانه فياتى به مالكه فياخذه بخلاف الابق فانه
فر من صاحبه تمردا وعنادا والضال هو المملوك الذى ضل الطريق الى منزله وقيل اخذ الضال افضل و
ينبغى للراد ان ياتى بالابق الى الامام بخلاف اللقطة لانه يقدر على حفظها بنفسه عادة ولا يقدر
حفظ الابق بنفسه عادة ولرادّه اى لراد الابق قنا او مدبرا او ام ولد من مدة سفر او اكثر
الجعل اربعون درهما وان كانت القيمة اقل منها وان لم يعدلها وهذا عند ابى يوسف وعند محمد
يقضى له بقيمته الا درهما لان وجوبه يثبت احياء لحقوق الناس نظرا اليهم ولا نظر في ايجاب اربعين
بردها لا يساوى ذلك وله ان هذا تقدير عرف شرعا بالاجماع وقدر ده بلا تعرض بقيمة العبد فيجب
اتباعه وقال الشافعي لا جعل له الا بالشرط ان اشهد انه اخذه للرد فالاشهاد عليه حتم اى واجب
عند ابى حنيفة ومحمد حتى لو رده من غير ان يشهد عند الاخذ لا جعل له عندهما
ولراده من الاقل منها اى مدة السفر بقسطه فيقسم الاربعون على ثلثة ايام او بقدر الرضخ
في الرد بما دون مدة السفر باصطلاحهما او يفوض الى راى القاضي فان ابق منه اى من
الراد لم يضمن لانه امانة في يده ولا جعل له وهذا ان شهد على نفسه انه ياخذها للرد فان
لم يشهد فلا شئ له من الجعل وضمنه ان ابق منه كما ذكرنا في اللقطة واذا قال الرجل
لغيره ان عبدى قد ابق فان وجدته فخذه فقال المامور نعم ان كان المامور وجده على مسيرة
ثلثة ايام فاخذ ورده على المولى فلا جعل له لان المولى قد استعان منه في رد الابق

وقد عدله الاعانة والمعين لا يستحق شيئا في المبسوط هذا اذا علم ان العبد كان ابق فان
انكر المولى ان يكون العبد ابق فالقول قوله وعلى هذا لو رده فانكر المولى ان يكون العبد ابق
فلا جعل له الا ان يشهد الشهود بانه ابق من مولاه او ان مولاه اقر باقراره فح يجب له الجعل

كتاب المفقود

يقال فقدت الشيء اي غاب عني فهو مفقود وهو شرعا
شرعا غائب لم يدر موضعه وحيوته وموته واستتر اثره وانقطع خبره فهو حي في
حق نفسه باعتبار اول حاله فاذا علمنا حيوته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه واذا كان
حيا فلا تنكح عرسه ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربعة سنين يفرق القاضي
بينه وبينها ان طلبت ذلك ثم تعتد عدة الوفاة ثم تزوجت من شاءت فان عاد
الزوج بعد العدة ولم يتزوج بزوج اخر فهو احق بها وان تزوجت فلا سبيل له
عليها ولا يقسم ماله بين الورثة ولا يفسخ اجارته كما لو غاب وعلم حياته ويقيم القاضي
عليه من يقبض حقه وغلاته وديون اقر بها غريمه ويحفظ ماله لان القاضي ناظر
لكل من عجز عن النظر لنفسه وفي نصب القائم على ماله والحافظ له نظر فينصب
من يحفظ ماله ويبيع ما يخاف فساده كالثمار ونحوها لان حفظ عينه متعذر
فيحصل الحفظ ثمنه ولا يبيع ما لا يخاف فساده لان ولاية البيع للنظر له
وحفظ العين فيما يتاتى له النظر وينفق من ماله على قريبه ولادا مثل ولده وابويه
وعلى زوجته والاصل كل من يستحق النفقة في ماله في حال حضرته بغير قضاء القاضي
ينفق عليه من ماله عند غيبته مثل ولده الصغير والكبير الانثى والذكر الزمن
لان هذا لا يكون من القاضي قضاء حقيقة بل يكون تمكينا المستحق من اخذ حقه
وان تمكنوا من ذلك كان لهم ان ياخذوا فيعينهم القاضي على ذلك وكل من لا يستحق
حضرته الا بالقضاء لا ينفق من ماله في غيبته كالاخ والاخت والخال والخالات
لان نفقتهم يجب بالقضاء والقاضي لا يقضي على الغائب وهو ميت في حق غيره فلا يرث

من

من غيره لان حيوته تثبت بالاستصحاب فاذا علمنا حيوته فيستصحب ذلك ما لم يظهر خلافه
واستصحاب الحال يصلح لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن ثابتا وفي الامتناع عن قسمة ماله
بين ورثته ابقاء ما كان على ما كان وفي توريثه من غيره اثبات امر لم يكن ثابتا وقولنا لا يرث المفقود احدا
اي يوقف قسطه من مال مورثه الى ان يبلغ تسعين سنة وعليه الفتوى لانه هو الغالب في زماننا والحياة
بعدها نادرة ولا اعتبار للنادر وفي ظاهر الرواية يقدر بموت اقرانه في بلده فاذا لم يبق احد من اقرانه حكم بموته
وعن ابي حنيفة اذا تم له مائة وعشرون سنة من ولادته حكم بموته وعن ابي يوسف مائة سنة فان ظهر
المفقود حيا علم انه كان مستحقا فله ذلك اي قسط الموقوف من مال مورثه وبعدها اي بعد مضي مدة
تسعين سنة يحكم بموته في حق ماله يوم تمت المدة اي تسعين سنة فتعتد امرأته عدة الموت من ذلك الوقت
ويقسم ماله بين من يرثه الآن اي ورثته الموجودين في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة
ومن مات قبل ذلك لم يرثه منه ويحكم بموته في حق مال غيره حين فقده لان حياته باعتبار الظاهر
ويصلح حجة لدفع الاستحقاق فلا يستحق ميراث غيره فيرد ما وقف له من مال غيره الى من يرث الغير عند
موته اي موت ذلك الغير

كتاب القضاء

القضاء هو عبارة عن الاحكام لغة قال الشاعر وعليهما
مسرودتان قضاهما اي احكمهما وعن الالزام شريعة اهله اي اهل القضاء اهل الشهادة لاخذ كل من القضاء
والشهادة الزام الشهادة ملزمة على القضاء والقضاء ملزم على الخصم وما يشترط لاهلية القضاء يشترط لاهلية الشهادة
ويصحان اي القضاء والشهادة من الفاسق حتى لو قلد القضاء يصح لكن يجب ان لا يقلد حتى لو قلد يأثم
كما يصح قبول الشهادة من الفاسق ولكن لا يقبل لانه لا يؤمن عليه لقلة مبالاته بواسطة فسقه ولو كان
عدلا وفسق العدل بعد ذلك باخذ الرشوة او بغيره يستحق ان يعزل في ظاهر المذهب وعليه مشائخنا
وقيل ينعزل بالفسق وقال الشافعي لا يجوز قضاء الفاسق كما لا يقبل الشهادة عنده وعن علمائنا الثلاثة
في النوادر انه لا يجوز قضاؤه واجمعوا على انه اذا ارتشى لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى
وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين ومبناه على الامانة والاحتراز عن
الخيانة وقيل يصلح لانه يجتهد كل الجهد حذرا عن النسبة الى الخطأ ومن اخذه

اى القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا ولو قضى لا ينفذ قضاؤه والاجتهاد شرط الاولوية فى
الصحيح حتى يصح تقلد القضاء للجاهل عندنا خلافا للشافعى رح وينبغى ان لا يطلب القضاء
اى بقلبه ولا يسأله بلسانه لقوله عليه السلام من سأل القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه
ملك يسدده اى يلهمه الرشد اى يعلمه الرشد وانما يسلم ان يدخل فى القضاء من يثق
بنفسه عدله واداء فرضه ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه
الحيف فيه وقيل يكره الدخول فيه مختارا والصحيح ان الدين فيه رخصة والامتناع عزيمة
ومن قلد القضاء سأل ديوان القاضى كان قبل ديوان القاضى الخرائط التى فيها نسخ
السجلات والصكوك والمحاضر ونصب الاوصياء والقسيم فى اموال الوقف وتقدير النفقات
ونظر فى حال المحبوسين فمن اقر بحق وانكر فقامت عليه بينة الزمها اياه ولا يعمل فى
المحبوس بقول القاضى المعزول لانه صار كواحد من الرعايا وشهادة الواحد لا يقبل وان
لم يقر المحبوس بحق ولا يقيم البينة على المنكر لم يعجل بتخليته حتى يامر ان ينادى من
مكان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبين فلان
فان حضر فيها وان لم يحضر احد يأتى فى ذلك اياما على حسب ما يرى ثم اخذ
من المحبوس كفيلا واطلقه ولكن لا يعمل بقول المعزول فى غلة الوقف والوديعة
لا يقبل قول المعزول بان كان هذا وديعة فلان دفعها الى هذا الرجل وهو
ينكر الا اذا اقر ذو اليد بالتسليم منه اى من المعزول فحينئذ ياخذ بقول المعزول
الوديعة ويسلم الى الذى اقر المعزول انه له ويقرض مال اليتيم ويكتب الصك ويحفظ
فى ديوانه ولكن يملك القاضى اقراض مال الغائب ويجلس فى المسجد للقضاء
جلوسا ظاهرا والجامع اولى لجلوسه الظاهر لان مجلس القاضى ينبغى ان لا يكون
مخفيا والجامع اشهر المواضع وقال الشافعى رح يكره الجلوس فى المسجد ولا يقبل
هدية فان هذا الاهداء غلول الا من ذى محرم لانه من صلة الرحم وفى الرد قطعها

ومن جرت عادته قبل القضاء مهاداته لانه لا يطر اكلا بقضائه بل باعتبار المعتاد بينهما
قدرا عهد ولو زاد المهدي والزيادة اذا لم يكن لهما خصومة فلو كان للقريب خصومة لا يقبل
هديته وكذا لو وقعت لمن اعتاد المهاداة خصومة لا يقبل ايضا للتهمة ولا يحضر دعوة الا اذا
كان عامة الصحيح ان المضيف لو علم ان القاضي لا يحضر الدعوة لا يتخذها فهي خاصة وان
كان يتخذها فهي عامة وان كان بين القاضي والمضيف قرابة يجيبه وان كان الدعوة خاصة لان
اجابة دعوته صلة الرحم وكذا ذكره الخصاف وذكر الطحاوي ان على قول ابي حنيفة لا يجيب الدعوة
الخاصة للقريب وعلى قول محمد يجيب كالهدية ويسوي بين الخصمين اذا حضرا جلوسا واقبالا
لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا
يسار احدهما ولا يضيفه ولو اضاف الخصمين جميعا فلا بأس به كما في المبسوط لا ينبغي ان
يضيف احد الخصمين الا ان يكون معه خصمه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجرئ على خصمه
ولا يمزح معه ولا مع غيره لانه تذهب مهابته ولا يشير اليه لان في الاشارة الى احدهما كسر قلب الاخر
ولا يلقنه حجة لانه اعانة لاحد الخصمين وكذا لا يلقن الشاهد بقوله اتشهد بكذا واستحسن
التلقين للشاهد ابو يوسف فان الشاهد قد يحصر في الكلام لمهابة مجلس القاضي فيترك لفظ الشهادة
والاشارة فكان تلقينه احياء لحقوق المسلمين فيما لا تهمة فيه بان لا يستفيد الشاهد بتلقينه زيادة
علم واذا اثبت المدعي الحق عند القاضي يحبس الخصم كالغريم مدة رآها مصلحة ان الصحيح ان التقدير
في الحبس مفوض الى رأي القاضي لان الحبس للانزجار وذا مما يختلف فيه احوال الناس وقيل يحبسه شهرين
او ثلاثة اشهر وعن ابي حنيفة انه مقدر بشهر واحد وعنه بستة اشهر وعنه باربعة اشهر بطلب ولي
الحق حبس الخصم ان امتنع المقر بالحق عن الايفاء بعد امر القاضي بالايفاء او ثبت الحق بالبينة
فانه اذا ثبت بالبينة ظهر مطله بانكاره فيحبسه كما ثبت الحق لان الحبس جزاء الظلم
والمطل يصير ظالما لقوله عليه السلام مطل الغني ظلم واما اذا ثبت الحق بالاقرار
لم يعرف مطله في الحال فلا بد ان يأمره القاضي بالايفاء فاذا امتنع

حبس فيما اى فى دين لزمه بعقد كالكفالة والمهر لان التزام المال باختياره دليل يساره
اذ الظاهر انه لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه او بدل مال حصل له كالثمن والقرض فانه ظهر
قدرته بما دخل فى ملكه وكذا يحبس الزوج فى نفقة عرسه ويحبس الاب فى نفقة ولده لان
النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع قصد فى هلاكه ولا يحبس الاب فى دينه اى دين الولد لان الحبس
نوع عقوبة فلا يستحق الولد والده بخلاف النفقة الولد فانها لدفع الهلاك وفى غيرها
اى فى ما لزمته الى الاخر مثل الاعواض المغصوبات ومثل الديات وارش الجنايات
وضمان اعتاق عبد المشترك وبدل الكتابة لا يحبس ان ادعى فقره وقال انا فقير
لان الاصل فى الادمى الفقر الا اذا قامت بينة بضده اى الغنى فيحبس ثم شرع
فيما يفعله القاضى اذا كان الخصم حاضرا او لم يكن حاضرا فقال وان شهدوا
على خصم حكم بها اى بالشهادة لوجود الحجة وكتب به اى بالحكم وهو اى كتاب
الحكم السجل فكتب القاضى حكمت بذلك او ثبت هذا عندى فان هذا حكم واذا شهدوا
على الغائب بل يكتب كتابا حكميا وهو كتاب القاضى الى القاضى وبالحقيقة نقل الشهادة
بحكم القاضى المكتوب اليه ويشترط ان يكون الكتاب من معلوم الى معلوم فى معلوم
اى المدعى به على معلوم اى المدعى عليه معلوم اى المدعى وهو مقبول فى كل حق كالدين والنكاح
بان ادعى رجل نكاحا على امرأة او بالعكس واراد كتاب القاضى بذلك والطلاق بان ادعت امرأة طلاقا
على زوجها والشفعة والوكالة والوصية والوراثة والقتل اذا كان موجبه المال والنسب عن الحى والميت والغصب والامانة
المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين والدين يعرف بالوصف ولا يحتاج فيه الى الاشارة وكذا فى العقار
لانه يعرف بالتحديد فلا يحتاج فيه الى الاشارة ولا يقبل فى الاعيان المنقولة كالثياب والعبيد والاماء
للحاجة الى الاشارة فيما ينقل عند الدعوى والشهادة وعن ابى يوسف رح انه يقبل فى العبد
دون الامة لان الاباق يغلب فى العبيد دون الاماء وعنه انه يقبل فيهما وعن محمد رح
انه يقبل فى جميع ما ينقل وعليه المتاخرون قال قاضى الاسبيجابى وعليه الفتوى

الا في حد وقود فانه لا يقبل فيهما كتاب القاضي لانه لا ينفك عن شبهة فلا تقبل فيما
يسقط بالشبهات فاذا اقام المدعي عند القاضي الشهود انه كان له عبد يأبق
فهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بالصفة والاسم والبينة وقيمته
والدار التي جليت منها كتب القاضي شهادة الشهود وينقل شهادتهم بالكتاب مجلس
القاضي المكتوب اليه فيقرأ الكتاب على الشهود الذين ينقلون كتابه وانما يقرأ عليهم ليعرفوا
ما فيه اذ لا شهادة بدون العلم ويختم الكتاب عندهم كيلا يتوهم التغير ويسلم اليهم وهذا
عند ابي حنيفة رح ومحمد لان من اصلهما ان علم الشهود بما في الكتاب والختم بحضرتهم
شرط جواز القضاء بذلك وكذا حفظ ما في الكتاب من وقت التحمل الى وقت الاداء
شرط عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب اخر غير مختوم ليكون معهم معونة على
حفظهم وعند ابي يوسف رح ان شيئا من ذلك ليس بشرط وهو قول اخر بل يكفي
ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعنه ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل ذلك حين
ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف ثم اذا
وصل الكتاب الى القاضي المكتوب اليه نظر الى ختمه ولا يقبله الا بحضور الخصم لانه بمنزلة
اداء الشهادة على الشهادة اذ الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما ان شاهد
الفرع ينقل شهادة الاصل بعبارته وكما لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بحضرة الخصم
فلا يفتح القاضي الكتاب الا بحضرة الخصم ولا يقبل الكتاب الا باقامة البينة رجلين او رجل
وامرأتين على انه كتاب فلان القاضي قرأه علينا وختمه وسلم لان الكتاب قد تزور
وينقل والخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم فلا يثبت الا بحجة فيفتحه ويقرأه
على الخصم ويلزم ما فيه لثبوت ما في الكتاب عند القاضي المكتوب اليه وانما يقبل
المكتوب اليه ان بقي الكاتب قاضيا حتى لو مات او عزل او لم يبق اهل القضاء
قبل وصول الكتاب اليه او بعده قبل القراءة لم يقبله ولا يعمل به اي بكتاب القاضي غيره اي غير القاضي

المكتوب اليه من القضاة الا اذا كتب فيه الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا وكتب بعد
اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه لما عرف الاول صحت كتابة
القاضي اليه فيجعل غيره تبعا له ولو كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلدة كذا
والى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رح
وعند ابي يوسف ان كتب هذا ابتداء يجوز ان يقبل وتوسع لما ابتلي بالقضاء وقد قيل
في كيفية ان يكتب قاضي بخارى الى قاضي سمرقند ان فلانا وفلانا ويذكر نسبهما شهدا عندي
ان عبد فلان ويذكر نسبه المسمى بالمبارك ويذكر حليته ابق منه ووقع بسمرقند في يد فلان
ويذكر نسبه الى آخر الكتاب واذا وصل الى قاضي سمرقند يحضر الخصم مع العبد
ويفتحه بشرائطه فان لم يكن حليته كما كتب يتركه وان كانت حليته موجودا
فللخصم ان ذهب الى بخارى والا يسلم العبد الى المدعي لا على وجه القضاء ويأخذ
منه كفيلا بنفس العبد ويجعل في عنقه شيئا من الرصاص ويختم صيانة عن التبديل
عند شهادة الشهود ويكتب الى قاضي بخارى جواب كتابه انه ارسل اليه العبد
فاذا وصل الكتاب يحضر الشهود الذين شهدوا في غيبة العبد يشهدوا في حضوره
ويشيروا اليه انه ملك المدعي فاذا اعادوا شهادتهم يقضي له به ثم يكتب
الى قاضي سمرقند ان يبرأ كفيله وفي بعض الروايات ان القاضي الكاتب لا يقضي
بالعبد للمدعي لكن يكتب الى قاضي سمرقند ان الشهود شهدوا بحضوره ويشهد شاهدين
على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد ليحكم قاضي سمرقند على خصمه ويبرأ الكفيل عن كفالته
وكتاب القاضي الى القاضي في الجواري كذلك غير ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي
بل يبعث بها مع امين وان مات الخصم ينفذ على وارثه لقيامه مقامه والمرأة تصلح
ان تقضي في كل شيء الا في حد وقود كشهادتها فان حكم القضاء والشهادة واحد ولا
يستخلف قاض على القضاء لان السلطان فوض القضاء اليه ورضي برأيه وعلمه وامانته

دون غيره وهذا كما انه لا يوكل وكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة مطلقا حيث يجوز له استخلاف
الغير وان لم يؤذن له لانه على شرف الفوات لتوقيته وضيق الوقت ولا كذلك القضاء
الا من فوض اليه ذلك اي الاستخلاف والتوكيل بان يقول السلطان للقاضي ول من شئت ويقول الموكل
للوكيل وكل من شئت ففي المفوض اليه الاستخلاف صار القاضي الثاني قاضيا من جهة السلطان لا من
جهة هذا القاضي وفي المفوض اليه التوكيل صار الوكيل الثاني من جهة الموكل لا من الوكيل الاول حتى
ان نائبه وهو القاضي الثاني والوكيل الثاني لا ينعزل بعزله وموته وان كان المفوض اليه موكلا
انما قال ذلك لان في الوكالة ينعزل الوكيل بموت موكله فاراد ان يصرح ان الوكيل ههنا لا ينعزل بموت
موكله لانه ليس في الحقيقة نائبه بل هو اي نائب المفوض اليه نائب الاصل وهو السلطان في القضاء و
الموكل الاول في التوكيل ففي التوكيل ينعزل الثاني بموت الاصل هو الموكل الاول وفي القضاء لا ينعزل بموت الاصل وهو
السلطان فلما كان الاشتباه في التوكيل خصه بالذكر في التوكيل واما في القضاء فلا اشتباه ان النائب لا ينعزل
بموت المنوب وهذا اذا لم يقل الخليفة للقاضي الاول ول من شئت واستبدل من شئت ولم يقل الموكل
للوكيل مثل ذلك اما اذا قال فللقاضي والوكيل عزل النائب وفي غيره اي غير المفوض اليه ان فعل نائبه عنده
وبحضوره او فعل بغيبته لكن وصل الخبر اليه واجازه هو اي غير المفوض اليه قضاء القاضي وتصرف الوكيل الثاني
او كان الموكل الاول وقدر الثمن في باب الوكالة صح فعل النائب لانه اذا فعل بحضوره ففعل النائب ينتقل اليه وكذلك
اذا فعل بغيبته لكن وصل الخبر اليه فاجاز لانه اذا انضم اليه رأيه فكانه فعل بنفسه وكذلك اذا قدر الموكل الثمن
لان بتقدير الثمن حصل رايه وبا عمل برأيك يوكل اي اذا قال الموكل للوكيل اعمل برأيك جاز له ان
يوكل غيره والقضاء في المجتهد فيه على خلاف مذهبه مثلا اذا قضي الحنفي بجواز بيع المدبر ناسيا
لمذهبه او عامدا ينفذ عند ابي حنيفة وفي رواية عنه لا ينفذ ان كان عامدا وعندهما
لا ينفذ في الوجهين لانه قضاء بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى كذا في الهداية وفي الصغرى
اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة وعليه الفتوى
وفي الفصول محالا الى المحيط والذخيرة اذا قضى القاضي في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم

قهستانی

وفيه انه يستخلف بالاذن دلالة فلو جعل قاضي القضاة كان له الاستخلاف لان معناه المتصرف في القضاء تقليدا وعزلا وقال الامام النسفي ليس له الاستخلاف كما في العمادي والى ان القاضي اذا اذن بالاستخلاف فاستخلف رجلا واذن بالاستخلاف جاز له ان يستخلف ثم وثم كما في الخلاصة ١٢

قهستانی

بذلك اختلف المشائخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا ينفذ وانما ينفذ
اذا علم بكونه مجتهدا فيه وقال شمس الائمة السرخسي هذا ظاهر المذهب والقضاء في مجتهد
فيه على وفاقه اي وفاق مذهبه ينفذ ظاهرا وباطنا ويجعل الحكم المختلف فيه بين المجتهدين
مجمعا عليه بينهم فان عرض هذا القضاء على قاض اخر يمضيه ولا يجوز له ان يرده وان كان
يرى غير ذلك لان اجتهاد الثاني كالاول والاول يؤيد باتصال القضاء به الا فيما اي حكم خالف
الكتاب كما اذا قضى قاض بشاهد واحد ويمين فانه يخالف قوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتن فمثل هذا انما يذكر لقصر الحكم
عليه بدليل قوله تعالى ذلك ادنى الا ترتابوا ولا مزيد على الادنى والسنة المشهورة
كالقضاء بحل المطلقة الثلاثة بنفس نكاح الزوج الثاني بلا وطي على ما ذهب اليه
سعيد المسيب فانه مخالف لحديث رفاعة وهو قوله عليه السلام لا حتى تذوقي من عسيلته
ويذوق من عسيلتك او الاجماع كالقضاء بحل متعة النساء لان الصحابة قد اجمعوا
على فساد ذلك وهذا اذا كان محل القضاء مختلفا فيه وان كان نفس القضاء مختلفا
فيه كالقضاء على الغائب فان قضى قاض عليه لا يصير مجمعا عليه الا ان يرفع
قضاؤه الى قاض اخر فيمضيه ثم يصير مجمعا عليه بامضاء اخر فبعد الامضاء الى رفع الى قاض
اخر يجب تنفيذه والقضاء بحرمة كما اذا ادعت المرأة على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت
على ذلك شهادة الزور وقضى القاضي بالفرقة بينهما وزوجت بزوج اخر بعد انقضاء العدة فعلى
قول ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف الاول لا يحل للزوج الاول وطيها ظاهرا وباطنا ويحل
للزوج الثاني وطيها ظاهرا وباطنا علم بحقيقة الحال ان الزوج الاول لا يطلقها بان كان
الزوج الثاني احد الشهود ولم يعلم بان كان الزوج الثاني اجنبيا واما على ابي يوسف الاخر
وهو قول محمد لا يحل للزوج الثاني وطيها اذا كان عالما بحقيقة الحال وان لم يعلم بحقيقة
الحال يحل له وطيها وهل يحل له وطيها على قول ابي يوسف الاخر لا لا يحل مع انه لا يقع

الفرقة باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحدونه وذكر شيخ الاسلام ان
على ابي يوسف الآخر يحل للاول وطيها سرا وعلى قول محمد يحل للاول ما لم يدخل الثاني فان
دخل بها الثاني الآن لا يحل للاول وطيها سواء كان الثاني يعلم بحقيقة الحال او لم يعلم
او حل كما اذا ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد واقام عليها شاهدي الزور وقضى القاضي
بالنكاح بينهما حل للزوج وطيها وحل للمرأة التمكين منه عند ابي حنيفة وابي يوسف
في قوله الاول وعند محمد وابي يوسف في قوله الآخر لا يحل له ذلك بنفذ ظاهرا ونعني بالنفاذ
ظاهرا ان يسلم القاضي المرأة الى الزوج ويقول اسلمي نفسك اليه فانه زوجك وباطنا و
نعني بالنفاذ باطنا ان يحل له وطيها ويحل لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى ولو كان القضاء
بشهادة زور كما ذكرنا فيجعل قضاء القاضي بمنزلة انشاء العقد وهذا اذا ادعاه بسبب معين بان ادعاه
بسبب الشراء من رجل وادعى على امرأة نكاحا اما اذا ادعى ملكا مطلقا بان ادعى جارية انها ملكه ولم يذكر
السبب واقامت بينة وقضى بها القاضي لا يحل له وطيها بالاجماع ولا يقضى على غائب وقال الشافعي رح يجوز
القضاء على الغائب بالبينة الا بحضرة نائبه ومن يقوم مقامه حقيقة اي بانابة الوكيل او شرعا
اي بانابة القاضي كوصي نصبه القاضي وفي المسخر من جهة القاضي اختلاف الروايتين في الذخيرة اذا
نصب القاضي مسخرا على الغائب لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز الحكم عليه وتفسير المسخر من جهة
القاضي ان ينصب القاضي وكيلا من جهة الغائب يسمع الخصومة عليه او حكما اي من يقوم مقامه
من حيث الحكم الشرعي بان كان ما يدعيه على الغائب سببا لما يدعي على الحاضر فانتصب الحاضر
خصما شرعا عنه وكان القضاء عليه كالقضاء على الغائب كما ادعى دارا في يد رجل انه اشتراها
من فلان الغائب وهو مالكها وانكر ذو اليد وقال الدار داري واقام المدعي البينة على دعواه
قبلت بينته ويقضى له ويكون ذلك قضاء على الحاضر والغائب وينقلب الحاضر
خصما عن الغائب حتى لو حضر الغائب وانكر لا يلتفت الى انكاره لان ما يدعي على الغائب
وهو الشراء منه سبب لثبوت ما يدعي على الحاضر لان الشراء من المالك سبب له لا محالة

لا يكون الحاضر غائبا عن الغائب ان كان ما يدعي على الغائب شرطا لما يدعي على الحاضر هذا قول المتاخرين فانه على قول بعض المتاخرين فللشرط اعتبار ايضا كما للسبب المدعى كما يتوقف على السبب يتوقف على الشرط ايضا وصورته رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب وقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقد افتى بعض المتاخرين بقبول هذه البينة وانما لا يقضي على الغائب في صورة الشرط اذا كان الشرط يتضرر به الغائب ويكون فيه ابطال حق الغائب اما اذا كان الشرط لا يتضمن ضررا كما لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة لو اقامت البينة على ان فلانا قد دخل الدار وفلان غائب تقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها وصح تحكيم الخصمين من صلح قاضيا اي يشترط في الحكم اهل القضاء في غير حد وقود قالوا تخصيص الحد والقود يدل على جواز التحكيم في جميع المجتهدات كالكنايات بانها رواجع وفسخ اليمين بالطلاق المضاف ونحوها وتخصيص المجتهدات بالذكر ليس لنفي الحكم عما عداها فان ما ليس للاجتهاد فيه مساغ كالثابت بالكتاب والسنة المشهورة او الاجماع ولا شك في صحة التحكيم في ذلك فذكر المجتهدات يدل على ان غيرها بالطريق الاولى واذا صح التحكيم في جميع القضايا لا يفتى بذلك ويقال لا احتياج الى حكم المولى لان العوام يتجاسرون على ذلك فيقل الاحتياج الى القاضي ولزمهما اي الخصمين حكمه بالبينة او بالنكول او الاقرار وصح اخباره باقرار احدهما اي احد الخصمين وبعدالة شاهد حال ولايته يعني لو قال المحكم لاحدهما قد اقررت عندي بهذا بكذا وكذا او قامت عندي عليك بينة بهذا بكذا وكذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت به لهذا وانكر المقضي عليه ان يكون اقر عنده بشيء او قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت الى قوله لانه اخباره حال ولايته قائم مقام شهادة رجلين كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي عليك كذا فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فلذا هنا الا ان يخرجه من الحكم ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال المحكم بعد ذلك

حكمت

ولا ينفذ حكم من حكماه على عاقلة لانه لا ولاية لهما عليهم ولا على القاتل لعدم التزامه الى قوله حكمه واجازه في المحيط التحكيم في القصاص لانه من حقوق العباد وقال ابو بكر الرازي في القصاص ينبغي ان يجوز لان ورثة المقتول لو استوفى القصاص من غير رفع الى السلطان جاز كذلك اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم وقال شمس الائمة في شرح ادب القاضي من اصحابنا من قال يجوز التحكيم في القصاص وحد القذف لا الاستيفاء البيهما

اباحته وكذا الا ولاية لهما عليهما ولهذا لا يملكان الاباحة على العاقلة لان تحكيمهما غير نافذ في حق العاقلة بحكم بين اهل الذمة وانما قال في حق الكافر لانه اهل للشهادة جاز كما في القضاء وكذا الكافر يجوز وان حكما فاسقا او امرأة او صبيا الا محدودا في قذف في القاضي حتى لو حكم كافر او فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط في القاضي لانه بمنزلة القاضي

رواية عنه ثم اي فيصاص فلا يمكن الا بحكمة فيه ورواية الاصل وهو الصحيح غير من الحقوق والعين شرح ادب القاضي والكناية والطلاق والعتاق والدين والبيع والشفعة والنفقة والطلاق المضاف وغيرها من الصحيح المتبعات من الكتب الان كثير التحكيم في الفتوى في المغني والعلامة في الفصولين

حكمت لم يتصدق لانه التحق بواحد من الرعايا فلا بد من الشاهد الآخر وكذا لا يقبل
اخباره بعد الحكم انه حكم اذ عزل فلا يقبل اخباره ولكل واحد منهما ان يرجع عن ذلك
قبل حكمه لانه محكم من جهتهما فيتوقف حكمه على رضاهما فان رفع حكمه الى قاض امضاه
ان وافق مذهبه وان خالف مذهبه ابطله فليس حكم المحكم مثل حكم المولى فى ان المختلف
فيه يصير مجمعا عليه لان المحكم له ولاية على المحكمين ولا ولاية له على غيرهما واما القاضى
المولى فله ولاية على كل الناس فكان قضاءه حجة فى حق كل الناس فلا يكون
للقاضى الآخر ان يرده اذا صادف محله بان يكون فصلا مجتهدا فيه
ولا يصح القضاء والحكم سواء كان الحكم موليا او محكما والشهادة لمن يكون
بينهما اى بين الحاكم والمحكوم له وبين الشاهد والمشهود له ولاد او زوجية فبطل الحكم و
الشهادة لابويه وولده وزوجته للتهمة بخلاف ما اذا حكم او شهد عليهم وصح الايصاء
بلا علم الوصى اى ان جعل رجلا وصيا بعد موته ولم يعلم الوصى بذلك ثم باع شيئا من التركة بطريق
الوصى يجوز بيعه لا يصح التوكيل حتى يعلم الوكيل فلو وكل رجلا بالبيع ولم يعلم الوكيل بذلك فباع
الوكيل لا يجوز بيعه والفرق ان الوصية استخلاف لان الوصى يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصى فلا يتوقف
على العلم كتصرف الوارث واما الوكالة فانابة لثبوت ولاية التصرف فى ماله وليست باستخلاف وعن ابى حنيفة رح
ولا يصح بيع الوصى ايضا حتى يعلم ويشترط خبر عدل او مستورين لعزل الوكيل اى اذا عزل الموكل
الوكيل فاخبره بذلك عدل او مستوران يثبت العزل فلا يصح تصرفه بعد ذلك ولو اخبر بالعزل فاسق
او مستور الحال لا اعتبار بذلك ولا يثبت العزل هذا عند ابى حنيفة وعندهما يقبل خبر العدل
والفاسق والمستور والعبد والحر على هذا اذا جنى عبد خطاء يشترط عند الحنفية علم السيد
بجناية عبده خبر عدل او مستورين فاذا باع السيد بعد ذلك عبده او اعتقه يكون مختارا
للفداء ولو اخبره فاسق او مستور لا يكون كذلك خلافا لهما وكذلك فى علم الشفيع بالبيع
يشترط عنده خبر عدل او مستورين وعندهما لا يشترط فلو اخبره واحد غير عدل ببيع الدار وسكت لا

يبطل الشفعة عنده خلافا لهما وكذا في علم البكر بالنكاح فان البكر اذا اخبرت بالنكاح الولي اياها
فان كان المخبر واحدا غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده خلافا لهما وكذا في علم مسلم اي من
اسلم في دار الحرب لم يهاجر الينا فاخبر بما عليه من الفرائض وبالشرائع ان كان المخبر واحدا عدلا
او مستورين لزمه الفرائض والشرائع حتى لو ترك يلزمه قضاءها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه
فكذلك وان كذبه فعلى الاختلاف الذي قلنا قال الشمس الائمة السرخسي الاصح عندي انه يلزمه
القضاء هنا لان من يخبره فهو رسول رسول الله عليه السلام ولا يشترط اخبار عدل او مستورين
لصحة التوكيل فلو اخبره فاسق بان فلانا وكله بالبيع فباع يجوز وقيل قول قاض عالم عدل
قال لك قضيت على زيد انا بهذا اي بالرجم مثلا فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وقيل
قول قاض جاهل عدل ان استفسر فاحسن تفسيره وبين سببه بان يقول في حد الزنا اني استفسرت
المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول في حد السرقة انه يثبت عندي بالحجة
انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفي القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج
الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن غير الدليل دليلا ولا يقبل قول قاض غيرهما اي غير
عالم عدل وجاهل عدل اي عالم فاسق وجاهل فاسق لتهمة الخطأ والخيانة فالحاصل
ان القضاة اربعة انواع عالم عدل يجب قبول قوله بظاهر الامر لعدم تهمة الخطاء
والخيانة وجاهل عدل فيستفسره فان احسن تفسيره وجب تصديقه وقبول قوله والا
فلا وجاهل فاسق وعالم فاسق لا يقبل قولهما لتهمة الخطاء والخيانة الا ان يعاين سبب
الحكم

كتاب الشهادة

هي في اللغة اخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان
فمن هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة وقيل هي مشتقة من
الشهود وهو بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء فسمي الحاضر شاهدا واداءه
شهادة وفي الشريعة اخبار بحق للغير على شخص آخر مشروط في مشروط القضاء ولفظ شهادة
فقوله اخبار بحق جنس يدخل فيه الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان الاقرار اخبار بحق للغير

على المخبر والدعوى اخبار بحق للمخبر على الآخر والانكار اخبار بنفي الحق على المخبر والشهادة
اخبار بحق للغير على غيره ولكن يشترط ان يكون في مجلس القضاء ولفظ الشهادة فهذا القيد فصل
للشهادة ويجب اداء الشهادة بطلب المدعي ولا يسع للشاهد كتمانها وسترها في الحدود افضل
فالشاهد فيها مخير بين الستر والاعلان لتردده بين جهتين اقامة الحد فالستر لكن الستر افضل
لقوله عليه الصلوة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك
ولكن يجب ان يشهد بالمال ويقول في السرقة اخذ ولا يقول سرق احياء لحق المسروق
منه ورعاية لجانب الستر لئلا يجب الحد والشهادة على مراتب ونصابها للزنا اربعة رجال
لقوله تعالى لولا جاءو عليه باربعة شهداء الآية وللقود وباقي الحدود غير حد الزنا
رجلان ولا يقبل في الحدود والقصاص شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة
من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء
في الحدود والقصاص ونصابها للبكارة والولادة وعيوب النساء فيما اي في موضع لا يطلع
عليه الرجال امرأة واحدة وعند الشافعي يشترط الاربع وعند مالك امرأتان وان كان
العيب في موضع يطلع عليه الرجال كالاصبع الزائدة مثلا لا يكفي شهادة امرأة ونصابها
لغيرها من الحقوق سواء كان الحق مالا او غير مال كالنكاح والطلاق والايداع والوكالة و
الوصية والرجعة ونحو ذلك رجلان او رجل وامرأتان وقال الشافعي لا يقبل شهادة
النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار والاعارة والكفالة
وشرط للكل اي جميع ما تقدم العدالة الانزجار عن محظورات دينية
لان من ارتكب غير الكذب من المحظورات فقد يرتكب الكذب ايضا وهي شرط
لوجوب العمل بالشهادة لا شرط اهلية الشهادة لان الفاسق اهل الولاية والقضاء
والسلطنة والامارة والشهادة عندنا فغير العدل يجب على القاضي ان لا يقبل
شهادته تماما ولو قبل وحكم به صح وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة

تقبل شهادته والاصح ان شهادته لا تقبل ولفظا لان النصوص وردت بهذا اللفظ فيقيد
بها ولان فيها زيادة تاكيد لان فيها معنى الحلف فانه لو قال اشهد ان افعل كذا يكون يمينا
فلو لم يذكر لفظ الشهادة وقال اعلم او اتقن لم تقبل شهادته ولا بد ان يسال القاضي في
السر والعلانية عن حال الشهود في جميع الحقوق عندهما مطلقا سواء طعن الخصم اولا وبه
اي بقولهما يفتى في زماننا وعند ابي حنيفة يقتصر القاضي على ظاهر العدالة في مسلم ولا يسال
عن الشاهد ما لم يطعن المشهود عليه فان طعن فيهما سال عنهما في السر وزكاهما في العلانية
الا في الحدود والقصاص فانه يسال في السر ويزكي في العلانية فيهما بالاجماع طعن الخصم او لم
يطعن وكفى السؤال والتزكية سرا في زماننا فان تزكية العلانية بلاء وفتنة اذ الشهود والمدعي
يعاملون الجارح بالاذى وصورة تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي ويكتب اليه
كتابا فيه اسم الشاهد ونسبه وحليته ومحلته وسوقه ان كان سوقيا حتى يعرف المزكي
فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل ومن عرفه بالفسق لا
يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر الا اذا عدله غيره وخاف
انه لو لم يصرح بذلك يقضي بشهادته فح تصرح بذلك ومن لم يعرفه لا بالعدالة ولا
بالفسق تكتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور وكفى واحد في التزكية والاثنان احوط
في التزكية هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان وهذا الخلاف في التزكية
سرا واما في التزكية علانية فالعدد شرط بالاجماع وكذا الخلاف في ترجمة الشاهد وفي
الرسالة الى المزكي اي من ينقل قول المزكي الى القاضي بعد ما بلغ قول القاضي الى المزكي
فعند محمد لا يجوز الا الاثنان وعندهما يكفي واحد ولكن الاثنان احوط ولا يشترط الاشهاد
الا في الشهادة على الشهادة فما يحمل الشاهد نوعان نوع يثبت حكمه بنفسه بلا اشهاد كالبيع والاقرار
وحكم الحاكم والغصب والقتل فاذا سمع الشاهد ان البيع والاقرار وحكم الحاكم ورأى الغصب
والقتل وسعه ان يشهد ولا يشترط الاشهاد عليه لانه علم هو موجب بنفسه عيانا وذا مطلق للاداء

٥٢ واحترز بقوله اصل الوقف من شرائطه لان اصله هو الذي يشهدون شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغيناني لابد من بيان الجهة بان يشهدوا انه وقف على هذا المسجد والفقير او ما شبهه حتى لم يذكروا في شهادتهم

ويقول انه يعلم ولا يقول اشهدني لئلا يكون كاذبا ونوع لا يثبت حكمه بنفسه كالشهادة على الشهادة فاذا سمع الشاهد ان يشهد بشيء عند القاضي لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده وكذا لو سمع ان يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله غيره ولا يحل ان يشهد من رأى خطه ولم يذكر شهادته لان الخط يشبه الخط فلعله كان خط غيره وقيل هذا قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد لان الظاهر انه خطه والعمل بالظاهر واجب وان ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق انا شهدنا وانت تعلم ولم يذكر الحادثة لا يحل له ان يشهد ولا يحل ان يشهد الشاهد بالتسامع الا في النسب والموت والنكاح والدخول بامرأة وولاية القاضي اي كونه قاضيا فانه يسع للشاهد ان يشهد بهذه الاشياء بالتسامع وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز الشهادة بالتسامع لان المطلق للشهادة هو العلم وذا يحصل بالمعاينة وبالتواتر فصار كالبيع والهبة وجه الاستحسان ان معاينة اسباب هذه الاشياء مختصة بجمع خاص فسبب النسب الولادة ولا يحضرها الا قابلة وسبب القضاء التقليد ولا يعاين ذلك الا الوزير ونحوه من الخواص وكذا النكاح لا يحضره كل واحد وكذا الميت لا يعاينه كل واحد والدخول لا نقف عليه الا بامارته وان هذا وقف على كذا فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع على اصل الوقف دون الشرائط فبيان المصرف داخل في اصل الوقف ٥٢ قال شيخ الاسلام ظهير الدين المرغيناني لابد من بيان الجهة بان يشهدوا ان هذا وقف على مسجد او مقبرة ونحو ذلك حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل لا على شرائطه مثل ان يشهدوا انه ما يبدأ من غلته فيصرف الى كذا فلا يحل فيها الشهادة بالتسامع اذا اخبره شاهدان بهذه الاشياء عدل رجلان او رجل وامرأتان وقيل يكفي في الموت باخبار واحد لان الناس يكرهون مشاهدة تلك الحالة فلا يحضره غالبا الا واحد او واحدة ويشهد رأى انسان جالس في مجلس القضاء ويدخل عليه الخصوم انه قاض وكذا يشهد رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا

وبينهما انبساط الازواج انها عرسه عملا بظاهر الحال ويشهد براى شئ سوى الرقيق عبدا كان وامة فى يد انسان متصرف فى ذلك الشئ كالملاك انه اى ذلك الشئ له ملكه واشتراط التصرف فى ذلك الشئ للشهادة قول بعض مشائخنا وبه قال الشافعى رح وبعض مشائخنا لم يشترط ذلك ففى الهداية والكافى ومن كان فى يده سوى الرقيق اى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك وعن ابى يوسف انه يشترط مع ذلك ان يقع فى قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا اى قوله ان يقع فى قلبه انه له تفسيرا لاطلاق محمد رح فى روايته ثم المسئلة على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده وراه فى يده بلا منازع ثم راه فى يد اخر فجاء الاول وادعى الملك وسعه ان يشهد انه للاول بالملك بناء على يده وان عاين الملك دون المالك بان عاين الملك محدودا وينسب الى فلان بن فلان بن الفلانى وهو لا يعرف بوجهه ونسبه ثم جاء الذى ينسب اليه الملك وادعى المالكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد وان لم يعاين الملك والملك ولكن يسمع من الناس قالوا الفلان بن فلان فى قرية كذا ضيعة حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك وان المالك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له فى قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لا يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيق حل للرائى ان يشهد لذى اليد بالملك لان الرقيق لا يكون فى يد نفسه فيكون فى يد المستولى عليه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه لا يد لهما فيثبت يد المستولى عليهما حقيقة وصارا كالثياب والدواب وان كانا صغيرين وكبيرين يعبران عن انفسهما فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما حتى اذا ادعى عبد انه حر الاصل كان القول له وعن ابى حنيفة ومحمد رح وابى يوسف يحل له ان يشهد فيهما ايضا لجعلوا اليد دليلا على الملك فى الكل لكن ينبغى ان يطلق اداء الشهادة ولا يفسر حتى لو فسر

وقال الشاهد اشهد بالتسامع او بحكم اليد بطلت شهادته ولا تقبل ومن شهد انه شهد اى حضر دفن زيد او صلى عليه قبلت شهادته فلو شهدا ان زيدا مات وفسر للقاضى ذلك قبلت شهادته وهذا عيان لان معاينة الموت لا يكون الا من واحد او اثنين فحضور الدفن اصلى بمنزلة المعاينة ولا يجرى فى ذلك التلبيس

فصل فى قبول الشهادة وعدمه وتقبل الشهادة من اهل الاهواء وهو جمع الهوى مصدر هوى يهوى اذا احبه واشتهاه ثم يسمى به المهوى محمودا كان او مذموما ثم غلب على غير المحمود فيقال فلان اتبع هواه اذا اريد ذمه ومنه فلان من اهل الهوى لمن زاغ عن طريق المثلى من اهل القبلة الذين لا يكون معتقدهم معتقد اهل السنة كالجبرية والقدرية والحشوية والروافض والخوارج والمعطلة والمشبهة ومن سار بسيرهم وقال الشافعى لا تقبل الشهادة منهم الا الخطابية صنف من اهل الروافض منسوبون الى ابى الخطاب محمد بن ابى وهب بن الاجدع وكان يزعم ان عليا الله الاكبر وجعفر بن محمد الصادق الله الاصغر فطرده جعفر فادعى فى نفسه انه وزعم اتباعه ان جعفرا الها وابو الخطاب اعظم منه وهم يدينون بشهادة الزور لموافقتهم على مخالفيهم وقيل يعتقدون الشهادة لمن حلف عندهم انه محق ويقولون ان المسلم لا يحلف كاذبا ويقبل شهادة الذمى اذا كان عدلا فى دينه على مثله وقال مالك والشافعى لا يقبل شهادتهم على احد وان اختلفا اى الذمى ومثله ملة كالنصارى واليهود فانهم صاروا من اهل دارنا فيقبل شهادة بعضهم على بعض وعلى المستامن فالذمى بعقد الذمة صار كالمسلم وتقبل شهادة المسلم على المستامن فكذا شهادته عليه وعلى المستامن وتقبل شهادة المستامن مثله اذا كانا من دار واحدة فان كانا من دارين كالترك والروم لا تقبل لان الولاية فيما بينهم باختلاف الدارين ولهذا لا يجرى بينهما التوارث ويقبل الشهادة من عدو على من يعاديه بسبب الدين والعدو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه قيل يعرف ذلك بالعرف وتقبل شهادة من اجتنب الكبائر وان الم بصغيرة ولكن لم يصر على الصغائر فمن ارتكب كبيرة واصر على صغيرة سقطت عدالته ثم قيل الكبيرة ما سمى فاحشة فى الشرع كاللواطة والزنا او شرع عليها عقوبة بنص قاطع فى الدنيا كالحد او وعيد بالنار

في العقبى كالسرقة واكل مال اليتيم وما ليس بفاحشة في الشرع ولا يشرع عليها عقوبة في احد
الدارين كالقبلة والغمزة فهو صغيرة وقيل ما كان حراما لعينه فهو كبيرة وما كان
حراما لغيره فهو صغيرة والاصح ان ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى
والدين فهو كبيرة والا فهو صغيرة وغلب صوابه اي ان كانت حسناته اغلب من سيأته
هذا هو الصحيح في تفسير العدالة المعتبرة شرعا فالعدالة شرط لقبول الشهادة ومع
كون الشاهد عدلا جاز ان لا يقبل شهادته لمانع مثل ان يكون اعمى ومثل الاكل
في الطريق والبول عليها كما سيجيء فما قيل لا بد من قيد آخر في قبول الشهادة وان يجتنب
الافعال الخسيسة الدالة على الدناءة كالاكل في الطريق ليس بسديد ويقبل شهادة الاقلف
هو الذي لم يختتن وعن ابن عباس رضي الله عنه لا يقبل شهادته وانما يقبل عندنا
اذا ترك بعذر او لخوف الهلاك فانه اذا ترك على الاعراض عن سنة او لاستخفاف في
الدين لا يقبل شهادته لانه لم يبق عدلا والخصي وولد الزنا لانه عليهما امر بلا اختيارهما
فلا يخل بالعدالة والتميز وقال مالك لا يقبل شهادة ولد الزنا اي في اثبات الزنا
والعمال فالمراد عمال السلطان الذين ياخذون الحقوق الواجبة كالخراج ونحوه عند
الجمهور لان نفس العمل ليس بفسق قالوا هذا في عصرهم لان الغالب عليهم الصلاح فاما
الذين في زماننا فلا يقبل شهادتهم لغلبة ظلمهم والحاصل انهم ان كانوا عدولا يقبل شهادتهم
والا لا وذكر شمس الائمة السرخسي ان العامل اذا كان وجيها في الناس ذو مروة لا يجاوز في كلامه
يقبل شهادتهم واما اذا كان ساقط المنزلة عند الناس ويجاوز كلامهم لا يقبل شهادتهم
وقيل المراد بالعمال الامراء وقيل هم الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم من الناس
من قال لا يقبل شهادة هؤلاء وانما اورد هذه المسئلة رد القول ذلك القائل لا يقبل
شهادتهم لان كسبهم اطيب الكسب فلا يوجب ذلك حرجا لا يقبل من اعمى لانه محتاج في تحمل
الشهادة وادائها الى تميز بين المشهود والمشهود عليه بالاشارة اليهما والى المشهود به فيما

يجب احضاره واله هذا التميز البصر وقد عدم وقال مالك يقبل شهادته وقال زفر وهو
رواية عن ابي حنيفة يقبل فيما يجري فيه التسامع قال ابو يوسف والشافعي اذا تحمل
الشهادة وهو بصير ثم اداها وهو اعمى يقبل ولا من مملوك لان الشهادة من باب الولاية
لانها قول يلزم على الغير والمملوك ليس له ولاية على نفسه فعلى غيره اولى ولو ادى حالة الحرية
وتحملها قبلها تقبل شهادته وقال مالك شهادته مقبولة ولا من محدود في قذف وان
تاب لان رد شهادته من تمام حده وقال الشافعي تقبل شهادته اذا تاب الا من قذف
وحد في حال كفره فاسلم ثم تقبل شهادته لان هذه الشهادة استفادها بالاسلام ولم يلحقها
رد فان هذه الشهادة لم تكن ثابتة زمان الحد والرد ولا من عدو على من يعاديه بسبب
الدنيا وتقبل شهادة العدو للعدو ولا من سيد لعبده سواء كان عليه دين او لا لانه شهادة
لنفسه من كل وجه اذا لم يكن عليه دين ومن وجه اذا كان عليه دين ومكاتبه كما ذكرنا ولا من شريكه فيما يشتركا ولو
شهد بما ليس من شركتهما تقبل لعدم التهمة ولا من مخنث يفعل الردي مثل التشبيه بالنساء والتمكين
من الرجال فاما من كان في كلامه لين وفي اعضائه تكسر ولم يشتهر بشيء من الافعال الردية فهو عدل مقبول الشهادة
ولا من نائحة ومغنية لانهما ارتكبا محرما ولم يرد بها التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة
الناس ولا من مدمن الشرب على اللهو اطلق الشرب على اللهو ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر و
المسكر غيرها والادمان شرط في الخمر ايضا وانما يشترط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم
بشرب الخمر في بيته لا يبطل عدالته وان كان شرب الخمر كثيرا وانما يبطل اذا ظهر ذلك عند الناس او يخرج سكران
فيلعب منه الصبيان والمراد بالادمان في النية وهو ان يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك كلما وجده وشرط الادمان على السكر في سائر
الاشربة وفي الخمر الادمان على نفس الشرب ومن يلعب بالطيور لان الغالب انه ينظر الى العورات في السطوح وغيرها وذا
فسق واما اذا كان يمسك الحمام في بيته للاستيناس ولا يطيرها فهو عدل مقبول الشهادة
والطنبور لان اللعب به حرام او يغني للناس واذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ذلك لكن يسمع نفسه لازالة الوحشة
فلا باس به لا يقال ان فيه تكرارا فقد ذكر المغنية قبل هذا لانا نقول ذلك مخصوص بالمرأة وهذا

عام ولان الاولى فى تغنى المرأة مطلقا لان رفع الصوت منها حرام خصوصا اذا كان مع الغناء
وهذا معنى التغنى للناس او يرتكب ما يحد به من الكبائر لانه فسق او يدخل الحمام بلا ازار لان كشف العورة حرام
او ياكل الربوا وشرط فى المبسوط ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما يمكنه التوقى عن الاسباب المفسدة
للعقد وكل ذلك ربوا او يقامر بالنرد والشطرنج لانه كبيرة او يفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد
اللعب بالشطرنج بدون القمار او فوت الصلوة فليس بفسق مانع للشهادة لان للاجتهاد مساغا فيه فانه عند
الشافعى رحمه الله تعالى مباح واما من يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة بكل حال فعلم من هذا ان فى
النرد لا يشترط المقامرة او فوت الصلوة ووقع التقييد بهما اتفاقا او يبول على الطريق او ياكل
فيه او يظهر سب السلف هو فى اللغة جمع سالف وهو الماضى وفى الشرع اسم لكل من يقلد
مذهبه ويقفى اثره كابى حنيفة واصحابه فانهم سلفنا والصحابة والتابعين سلف لابى حنيفة
واصحابه وانما لا يقبل شهادة هؤلاء لان هذه الافعال يدل على قصور العقل والمروة ومن
لم يمتنع عنها لا يمتنع من الكذب عادة ولا يقبل الشهادة على جرح مجرد وهو ما يفسق الشاهد ولم
يوجب حقا من حقوق الشرع او العبد مثل هو فاسق او اكل الربوا وانما لا يقبل لان البينة انما
تقبل لان البينة انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفى وسع القاضى الزام والفسق مما لا يدخل تحت الحكم
وليس فى وسع القاضى الزامه لانه يرفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا لانه اشاع الفاحشة بلا ضرورة وهى عدم
المشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق ويمكنه ان يخبر القاضى بذلك سرا لانه لا ضرورة على ملأ من الناس
او مثل ان المدعى استاجرهم اى الشهود لاداء الشهادة لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان
ان كان امرا زائدا عليه فلا اثر فى اثباته لان المدعى اجنبى عنه فان قيل ينبغى ان يقبل
الشهود فى الجرح المجرد لانه فى معنى التزكية علانية قلنا فى هذه الشهادة
نسبة المشهود الى فسق فيجب عليهم التعزير لهذه الاشاعة وكان يمكنهم
ان يخبر القاضى بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة
الفاحشة من غير ان يثبت بها حقا ولا يصلح الفاسق معدلا ولا تقبل

الشهادة لو اقام المدعى عليه البينة على اقرار المدعى بفسقهم لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم ويفيد القاضي على الزامه لانه لا يرتفع بالتوبة ولان الشاهد لم يشهد باظهار الفاحشة فلا يصير فاسقا وكذا تقبل على انهم عبيد لان الرق حق الله تعالى او شاربوا خمر ولم يتقادم العهد لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد او قذفه والمقذوف يدعى لان فيه اثبات حق القذف وفيه حقان حق العبد وحق الله تعالى والغالب فيه حق الله تعالى او شركاء المدعى بان شهدوا بمال مشترك فيثبت التهمة والشهادة ترد بالتهمة او انه استاجرهم المدعى لاداء الشهادة واعطاهم الاجرة لها من المال الذي كان في يده لانه خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه او اقام المدعى عليه البينة على اني صالحت الشهود او دفعت اليهم كذا من المال لئلا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على فعليهم ان يردوا ذلك المال على فانه تقبل بينة المدعى عليه لان فيه ضرورة ليصل المدعى عليه الى ماله حتى لو قال لم اعطهم المال لم تقبل لان فيه اظهار الفاحشة بلا ضرورة وشرط موافقة الشهادة الدعوى لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فيجب ان يوافقها كاتفاق الشاهدين لفظا ومعنى عند ابي حنيفة المراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن وعندهما لا يشترط اتفاقهما لفظا و معنى بل يكفي اتفاقهما معنى فترد الشهادة عند ابي حنيفة رح في الف والفين اي ان شهد احدهما بالف والاخر بالفين ترد وكذا ان شهد احدهما بطلقة والاخر بطلقتين او ثلث وعندهما تقبل اذا ادعى الاكثر حتى ان ادعى الاقل يكون المدعى مكذبا للشاهد بالاكثر وان شهد احدهما بالف والاخر بالف ومائة يثبت في الف والف ومائة الاقل وتقبل الشهادة عليه لان الشاهدين اتفقا على الاقل وهو الالف لفظا ومعنى وهذا لان ذكر المائة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فكانا كلمتين متباينتين لا يتعلق احدهما بالاخرى بخلاف الالف والالفين فان الالفين كلمة واحدة عند دعوى الاكثر وان قال المدعى لم يكن حقي الا الالف فشهادة الذي يشهد بالف ومائة باطلة لان المدعى كذبه في الزيادة

فلم يبق له الا شهادة واحدة فلم يقض به وكذا اذا سكت عن دعوى المائة الزائدة لم تقبل
شهادة مثبت الزيادة لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولم يوجد حتى لو وافق فقال
كان اصل حقي الف ومائة كما يشهد به ذلك الشاهد لكن استوفيت مائة او ابراته عنها
ولا يعلم بذلك الشاهد قبلت لزوال التكذيب بالتوفيق وهذا ان قصد المدعي المال
وادعاه ولا يقبل الشهادة ان قصد المدعي العقد فان ادعى انه اشترى عبد فلان
وشهد احدهما انه اشتراه بالف وشهد الاخر انه اشتراه بالف وخمسمائة لا يقبل
الشهادة لانهما لم يتفقا على عقد واحد فالشراء بالف غير الشراء بالف وخمسمائة
والمقصود اثبات العقد فاذا اختلف المشهود به تعذر الحكم لقصور الحجة وكذا
ان كان المدعي هو البائع والفرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما فتقبل
الشهادة في عتق بمال ان ادعى من له المال يعني اذا ادعى المولى انه اعتق عبده على الف
ومائة وشهد شاهد انه اعتق على الف وشهد الاخر انه اعتق على الف ومائة تقبل
الشهادة على الف لان العتق يثبت باقرار المولى فبقيت الدعوى في الدين فان ادعى المولى
الاقل لا يقبل شهادة الشاهد بالاكثر وان ادعى المولى الاكثر يقبل في الاقل واما اذا ادعى العبد
ان المولى اعتقه وانكر المولى لا يقبل هذه الشهادة لان المدعي لا يقصد اثبات المال بل مقصوده
اثبات العقد وهو مختلف لان العتق على الالف يخالف العتق على الف ومائة وكذا تقبل الشهادة
في صلح عن قود ان ادعى من له المال يعني اذا ادعى ولي المقتول انه صالح القاتل على الف ومائة
وشهد شاهد انه صالحه على الف وشهد الاخر انه صالحه على الف ومائة تقبل هذه الشهادة على الاقل لان
المقصود اثبات المال واما اذا ادعى القاتل انه صالح ولي المقتول على الف ومائة وانكر ولي المقتول واختلف
الشاهدان لا تقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات عقد الصلح
وكذا قبل الشهادة عن الصلح في رهن ان ادعى من له المال يعني ان
ادعى المرتهن انه ارتهن هذه الدار بالف ومائة وشهد شاهد انه بالف
وشهد الاخر انه ارتهنه بالف ومائة تقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات المال اما

اذا ادعى الراهن لا يقبل وكذا تقبل الشهادة في خلع ان ادعى من له المال يعني ادعى الزوج
على خلع امرأته على الف ومائة واختلف الشاهدان يقبل الشهادة على الاقل ولو ادعت المرأة
لا يقبل كما ذكرنا والاجارة نظير بيع في اول المدة يعني اذا ادعى الموجر او المستاجر في اول مدة
الاجارة ان الاجارة وقعت على الف ومائة واختلف الشاهدان لا يقبل هذه الشهادة لان
المقصود اثبات العقد والاجارة تعيين مال بعدها اي بعد مضي المدة يعني اذا ادعى الموجر بعد مضي
المدة ان الاجارة وقعت على الف ومائة واختلف الشاهدان تقبل هذه الشهادة لان المقصود اثبات
المال لا العقد وفي الصورة المذكورة لو ادعى المدعي الفين واختلف الشاهدان في الف والفين لا تقبل
الشهادة عند ابي حنيفة وعندهما تقبل ولو كان الدعوى في النكاح واختلف الشاهدان في المهر
ثبت النكاح باقل المالين يعني بالف عند ابي حنيفة استحسانا سواء كان الدعوى من الزوج او
من المرأة والمدعي يدعي الاقل او الاكثر خلافا لهما فعندهما لا يثبت النكاح وهو القياس لان
المقصود من الجانبين وهو عقد النكاح والنكاح بالف غير النكاح بالف ومائة فبطلت
الشهادة كما في البيع وله ان البيع في النكاح تابع ومن حكم التبع ان لا يغير الا ترى
ان النكاح لا يبطل بنفي المهر ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه واذا اتفقا
على ما هو الاصل فوجب القضاء بالنكاح وبقي المهر مالا منفردا فوجب القضاء باقل المالين كما
مال المنفرد وقيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية فان كان المدعي هو الزوج
لا يقبل اجماعا لان غرضها قد يكون المال اما الزوج فلا يقصد الا العقد والاصح ان الخلاف
في الفصلين كما ذكرنا ولزم الجر في الارث اي من ادعى دارا واقام بينة على انها كانت
لابيه لا يقضى له حتى يجر الشاهد الميراث الى المدعي بقوله مات ابوه وتركه ميراثا
ميراثا او مات ابوه وذا ملكه او في يده فانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث
يوم الموت يثبت الملك للوارث ضرورة والشهادة باليد وقت الموت شهادة بالملك
لانها لا يختلف من ان يكون يده يد ملك او غصب او امانة فان كانت يده يد ملك فظاهر

وكذا لو كانت بيده يد غصب لانها تصير يد ملك بالضمان لان الموت يتقرر الضمان ويصير
المضمون ملكا له وان كانت يد امانة فيصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك ايضا
وقال ابو يوسف رح لا يلزم الجر والانتقال لقبول البينة فان قال الشاهد كان لابيه
لكن اودعه او اعاره من في يده جاز ذلك بلا جر اتفاقا اما عند ابي يوسف فلعدم اشتراط
الجر عنده واما عندهما فلان يد المودع والمستعير كيد المودع والمعير فصار كان الشاهد
قال مات ابوه والدار في يده ويقبل الشهادة على الشهادة في كل حق لان الاصل قد يعجز عن اداء
الشهادة عند موته او سفره او غيبته فلو لم يقبل شهادة الفرع لبطلت حقه الثابت وكما
يجوز دفعة يجوز في درجات حتى يجوز الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم الا في حد وقود لان
في الشهادة على الشهادة زيادة الشبهة من حيث البدلية فلا يقبل فيما يندرئ في الشبهة
كالحدود والقصاص كما لا تقبل شهادة النساء مع الرجال وشرطها اي الشهادة على الشهادة
تعذر حضور الاصل في مجلس القاضي بموت او مرض او سفر وعن ابي يوسف انه لم يجعل السفر
شرطا بل يكفي مسافة لو غدا الى القاضي لاداء الشهادة لم يستطع ان يبيت باهله وشرط
شرط شهادة عدد عن كل اصل فلا تقبل شهادة رجل واحد على رجل واحد خلافا
لمالك رح لا يشترط تغاير فرعي هذا الشاهد وفرعي ذلك الشاهد فان شهد
رجلان على شهادة رجلين جاز عندنا وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل
اصل فرعان وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل للشاهد الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد بكذا او قال شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
بكذا او قال لي اشهد على شهادتي بذلك ففي شهادة الاصل ثلث شينات وفي شهادة الفرع خمس
شينات واطولها لفظا طول من هذا وهو ان يقول الاصل اشهد بكذا وانا اشهدك على شهادتي فاشهد على شهادتي
وفيه خمس شينات ويقول الفرع اشهد ان فلانا اشهد عندي بكذا واشهدني على شهادته بذلك وامرني ان
اشهد على شهادته بذلك وانا اشهد على شهادته بذلك وفيه ثمان شينات واقصرها لفظا ان يقول الاصل اشهد

على شهادتي بكذا وفيه شينات ويقول الفرع اشهد على شهادة فلان بكذا وفيه ايضا
شينان ثم احتياج الى زيادة شئ وكان يفتي شمس الائمة به وصح تعديل شهود الفرع لشهود
الاصل وكذا اذا شهد شاهدان وصح تزكية احد الشيئين الآخر لان كلا من الشاهدين من
اهل التزكية وانكار شهود الاصل بان قالوا ما لنا شهادة في هذه الحادثة وماتوا او غابوا ثم
جاء الفروع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة يبطل شهادة شهود الفرع واما مع حضور
شهود الاصل لا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكر شهود الاصل ومن اقر انه
شهد بزور شهر اعلم ان الشاهد الزور يعزر اجماعا اتصل القضاء بشهادته او لم
يتصل فانه ارتكب كبيرة يلحق ضررها بالمسلمين الا انهم اختلفوا في كيفية
التعزير فقال ابو حنيفة رح تعزيره تشهيره فقط ولم يعزر بالضرب والحبس
وقالا يضرب ويحبس وهو قول الشافعي رح لانه روي عن عمر رضي الله
تعالى عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة
رحمه الله تعالى ان شريحا كان يشهر ولا يضرب فيبعثه الى سوقيا
والى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول انا وجدناه
شاهد زور فاحذروه واحذروه الناس وشريح كان قاضيا في زمان الصحابة
رضي الله تعالى عنهم ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان
هذا احتجاجا منه باجماع الصحابة لا بتقليد الشريح وشاهد الزور يعلم
باقراره على نفسه بالكذب معتمدا كما يقول كذبت فيما شهدت
متعمدا وبان يشهد بقتل رجل ثم يجئ المشهود عليه بقتله حيا او نحو
ذلك

فصل في الرجوع عن الشهادة

لا رجوع عنها الا عند قاض
فالرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور او رجعت عما شهدت
به وشرط جوازه ان يكون عند القاضي لانه فسخ للشهادة فيختص

بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي وحكمه وجوب التعزير كما ذكرنا وضمان مع
التعزير كما سيجيء فان رجعا عنها اى عن شهادتهما قبل الحكم سقطت شهادتهما ولم
يضمنا شيئا وان حكم بشهادتهما ثم رجعا بعده لم يفسخ الحكم لان الكلام الثاني مثل الاول في الدلالة
على الصدق وقد ظهر رجحان الاول لاتصال القضاء وضمنا للمشهود عليه ما اتلفاه بها اى
بشهادتهما وقال الشافعي رح لا يضمنان اذ لا اعتبار للتسبيب عند وجود المباشرة وهو حكم القاضي قلنا
لا يمكن ايجاب الضمان على مباشرة وهو القاضي وان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجأ من
جهتهما الى القضاء لانه وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع عنه يأثم ويعزل وانما يضمنان
اذا قبض المدعي مدعاه حتى اذا قضى القاضي ولم يقبض المدعي لا يجب الضمان بل يتوقف الضمان
على القبض وان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان العبرة في هذا للباقي لا للراجع
فان شهد ثلثة ورجع احد الثلثة لم يضمن الراجع شيئا لانه يبقى من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجع اخر ضمن نصفه لانه بقي نصف نصاب الشهادة فان قيل ينبغي ان يضمن الثاني الراجع فقط لان التلف اضيف اليه
قلنا التلف مضاف الى المجموع لان رجوع الاول لم يظهر لمانع وهو بقاء من يبقى بشهادته كل الحق
وهو اثنان فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما وان شهد رجل وعشرة نسوة
ثم رجعوا اى الرجل والنساء جميعا فعلى الرجل سدس المال وعليهن خمسة
اسداس عند ابي حنيفة وعليه نصف عندهما وعلى النساء نصف لان النساء
وان كثرن في الشهادة لم يضمن الا مقام رجل واحد ولهذا لا يقبل شهادتهن
الا مع انضمام رجل واحد فكان الثابت بشهادتهن نصف المال وله ان كل امرأتين في الشهادة تقومان
مقام رجل واحد فعشرة نسوة كخمسة من الرجال فصار كما لو شهد بذلك ستة من الرجال ثم رجعوا
وان رجعن اى النساء كلهن دون الرجل فقط فعليهن نصف المال وصار كما لو شهد ستة رجال
ثم رجع خمسة وضمن الفروع فقط ان رجع هو والاصل جميعا لان سبب الاتلاف الشهادة
القائمة في مجلس القاضي واذا وجد من الفروع فيجب الضمان عليهم عند الرجوع
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الفروع

وان شاء ضمن الاصل وضمن المزكي ان رجع عن التزكية عند ابي حنيفة لان الحكم
يضاف الى الشهادة والشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما يثبت بالتزكية فصار
في معنى علة العلة وعندهما لم يضمن لانه اثنى على الشاهد خيرا لا شاهد الاحصان اي اذا
شهدوا على الزنا وشهد الشهود على احصان الزاني ثم رجع شهود الاحصان لم يضمنوا لان
الاحصان شرط محض لا يضاف الحكم اليه وعند زفر يضمن شهود الاحصان اذا رجعوا وضمن
شاهد اليمين لا شاهد الشرط اذا رجعوا اي اذا شهد شاهدان انه قال لعبده اذا دخلت
الدار فانت حر وشهد اخران بوجود الشرط اي الدخول وحكم بالعتق ثم رجع الكل ضمن
الشاهد اليمين لا شاهد الشرط لان شهود اليمين شهود علة والعبرة للعلة

كتاب الاقرار

هو اخبار بحق لاخر عليه وليس باثبات للحق وحكمه ظهور المقر به لا
ثبوته وانشاؤه ابتداء ولهذا قالوا لو اقر لغيره بمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له
اخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلم المال بطيب نفسه فيكون تمليكا
مبتدأ منه على سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ويبطل برده و
اذا صدقه ثم رده لا يصح رده والاقرار ملزم على المقر ما اقر به فصح الاقرار بالخمر للمسلم ولا يصح تمليك
الخمر اياه ولا يصح بطلاق واعتاق مكرها ولو كان انشاء يصح لان اعتاق المكره وطلاقه
واقعان عندنا فلو اقر حر مكلف اي عاقل بالغ بحق صح قيد بالحر ليصح اقراره مطلقا اذ
العبد المحجور لا يصح اقراره بالمال وان كان يصح اقراره بالحدود والقصاص والعبد الماذون اذا اقر بدين
لرجل او وديعة او عارية او غصب يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى اذن له
فقد رضي بتعلق الدين برقبته ولو كان الحق المقر به مجهولا فكما يصح الاقرار بالمعلوم
يصح بالمجهول لان الحق قد يكون مجهولا بان تلف مالا ولا يدري قيمته او يجرح جراحة
لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط علمه به بخلاف الجهالة في المقر له اذا
كان جهالته متفاحشة بان قال هذا العبد لواحد من الناس فانها يمنع

ه٣ هو في اللغة اثبات الشي باللسان او بالقلب او بهما وضده الانكار دون الجحود فانه مختص باللسان كما في المفردات ١٢

ه٤ اي اعلام بالقول فلو كتب او اشار ولم ينطق شيئا لم يكن اقرارا ويدخل فيه ما اذا كتب الى الغائب اما بعد فلك علي كذا فانه كالنطق شرعا كما في الصغرى ١٢

صحة الاقرار فاما اذا لم يكن متفاحشة بان اقر انه غصبت هذا العبد من هذا ومن هذا فانه يصح هذا الاقرار على الاصح لانه يفيد وفائدة وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول انهما اجتمعا على اخذه فلهما حق الاخذ وكذا جهالة المقر يمنع صحة الاقرار كان يقال لرجل لك على احدنا الف درهم ولزمه اى المقر بالمجهول بيانه لان التجهيل من جهته فلزمه البيان بما له قيمة لانه وصفه بالوجوب فى الذمة وما لا قيمة له لا يصف بالوجوب فى الذمة والقول له اى للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منها اى مما بين ولا يصدق المقر فى اقل من درهم فى قوله على مال فالقول له فى المقدار ويقبل قوله فى القليل والكثير لان الكل مال الا انه لم يصدق فى اقل من درهم لانه لا يعد مالا عادة ولا يصدق المقر فى اقل من النصاب اى عشرين دينارا او مائتى درهم فى قوله على مال عظيم من ذهب او فضة لان النصاب مال عظيم حتى صار صاحبه به غنيا وهذا قول ابى يوسف ومحمد وهو رواية عن ابى حنيفة رحمه الله وعنه انه اذا قال من فضة يصدق فى عشرة دراهم ولا يصدق المقر فى اقل من خمسة وعشرين فى الابل فى قوله لفلان على مال عظيم من الابل لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وكان ينبغى ان يقدر فيه خمس من الابل لانه يجب فيه شاة لكن الخمس مال عظيم من وجه حتى وجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى لا يجب فيه من جنسه فاعتبرنا ذكرنا ليكون عظيما مطلقا ولا يصدق فى اقل من قدر النصاب قيمة فى اقراره بمال عظيم فى غير مال الزكوة كالحنطة مثلا وانه قال له على دراهم فهى ثلثة لانه ادنى الجمع ولا غاية لاقصائه ولو قال له دراهم كثيرة لم يصدق فى اقل من عشرة عند ابى حنيفة رح وعندهما لا يصدق فى اقل من مائتى درهم ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير المبهم كذا ذكره فى الهداية وذكر فى التتمة فى فتاوى قاضيخان لو قال كذا دينارا فعليه ديناران لان كذا كناية عن العدد واقل العدد اثنان ولو قال كذا كذا درهما فهو احد عشر لان كذا كذا كناية عن العدد

المجهول فقد اقر بعددين مجهولين ليس بينهما حرف العطف واقل العددين ليس بينهما حرف
العطف يصير احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما مع الواو فهو احد وعشرون لان اقل عددين
يذكران بالواو يصير احد وعشرون ولو ثلث فقال كذا كذا كذا بلا واو فاحد عشر لحمل الثالث
منهما على التكرار لانه لا نظير للثلثة بلا واو والاقرب منه اثنان بلا واو اعني احد عشر ولو ثلث فقال كذا وكذا
وكذا فمائة واحد وعشرون لانه اقل ما يعبر عنه بثلث اعداد مع العطف وان ربع زيد عليها الف
لان ذلك نظيره ولو قال له علي او قبلي كذا فهو اقرار بدين لان على للايجاب والالزام وقبلي
تنبئ من الضمان يقال قبل فلان عن فلان اي ضمن فلان فلو قال المقر في قوله له علي او
قبلي وهو وديعة صدق ان وصل به قوله هو وديعة وان فصل لا يصدق لان ظاهر قوله
اقرار بالدين وقوله وديعة تفسير له لكن اللفظ يحتمل مجازا لان الحفظ في الوديعة مضمون
عليه والمال محل الحفظ فقد ذكر المحل واراد ما يحله فكانه قال علي او قبلي حفظ كذا فيصدق
موصولا لا مفصولا ولو قال عندي كذا او معي ونحوه مثل في بيتي او في صندوقي او كيسي
فهو امانة لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذا يكون امانة ويكون مضمونا والامانة
اقلهما وقوله لمدعي الالف اي لو قال رجل لي عليك الف فقال له اتزنها او قضيتكها
ونحوهما مثل اجلني بها او انتقدها او ابرأتني منها او تصدقت بها علي او وهبتها او احلتك
بها على زيد فهو اقرار لان الكناية ينصرف الى الالف المذكور وهو الموصوف بالوجوب فكانه قال اتزن
الالف الواجب لك علي ولو لم يذكر الكناية بان قال اتزن او انتقد او اجلني او قضيتك لا يكون اقرارا
لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور وان قال له علي مائة ودرهم او قال مائة وثلثة اثواب
لزمه دراهم في الاول وقال الشافعي رح المائة مبهمة والدرهم معطوف عليه فيجب تفسير
المائة وهو القياس قلنا ان قوله ودرهم بيان للمائة عادة لان الناس استثقلوا تكرار الدرهم
فاكتفوا بذكره مرة الا ترى انهم يقولون احد وعشرون درهما ويقال بعتك هذا
بمائة درهم وهذا مما يكثر استعماله ولزم كلها اثوابا في الثاني لانه ذكر عددين مبهمين اعني

مائة وثلثة واعقبهما تفسير فانصرف اليهما استويا في الحاجة الى التفسير ولا يقال الاثواب لا يصلح مميزا للمائة لانها لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد وفي قوله له على مائة وثوب او ثوبان لزمه ثوب واحد في الاول وثوبان في الثاني ويجب ان يفسر المائة في الوجهين لانها مبهمة وثوب او ثوبان لا يصلح لها لان الثوب ليس من المقدرات بخلاف قوله مائة ودرهم فان الدرهم يصلح تفسيرا للمائة والفرق ان المقدرات كالمكيلات والموزونات يثبت دينا في الذمة كثيرا كما في السلم والقرض والثمن وكذا في جميع المعاملات فكثر استعمالها بكثرة اسباب وجوبها فاستثقلوا تكرارها فاكتفوا بذكرها مرة كما ذكرنا بخلاف الثياب وما لا يكال ولا يوزن فانه لا يكثر وجوبها في الذمة لان الثياب لا يثبت في الذمة الا في السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقي على الحقيقة اي لا يكون تفسيرا والاقرار بدابة في اصطبل يلزمها اي يلزم اقرار الدابة فقط وعلى قول محمد يلزم الدابة والاصطبل لان الاصطبل مضمون عنده بالغصب وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح غير مضمون ومثله الطعام في البيت لان الغصب لا يثبت في العقار عندهما وسيف اي الاقرار بالسيف يلزمه جفنه وحمائله ونصله فهذا من باب العطف على معمولي عاملين مختلفين والمجرور مقدم وصح اقراره بالحمل اي حمل ادمية او شاة لرجل صح اقراره لان له وجها صحيحا بان اوصى رجل بالحمل لرجل ومات فاقر ورثته بان هذا الحمل لفلان وصح اقراره له ان بين سببا صالحا وهذا على ثلثة اوجه احدها ان يبين سببا صالحا بان قال اوصى فلان او مات ابوه فورثه فاستهلكته فهذا الاقرار صحيح فان ولدت في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار بان وضعته لاقل من نصف الحول مذ مات الموصي والمورث فله اي للحمل ما اقر وان ولدته لاكثر من نصف حول لم يستحق شيئا وان ولدت ميتا فالمال له مردود على ورثة الموصي او المورث وثانيها ان يبين سببا مستحيلا بان يقول اقرضني الف درهم او باع مني شيئا بالف فهذا الاقرار باطل ولا يلزم شيئا وثالثها ان يبهم الاقرار فانه لم يصح عند ابي يوسف وعند محمد رح يصح الاقرار ويحمل على السبب الصالح وان اقر بشرط الخيار كما اذا قال لفلان علي الف درهم على اني بالخيار ثلثة ايام صح الاقرار وبطل الشرط لان الاقرار اخبار ولا مدخل للخيار في الاخبار واستثناء كيلي او وزني وعددي متقارب من دراهم بان قال له

بناء على تحقق الغصب عندهما خلافا لمحمد رح في العقار وفيه اشعار بانه لو اقر بثوب في منديل او حنطة في جوالق لزمهما معا بلا خلاف كما اشير اليه في الهداية ١٢

نصل اذ السيف اسم الكل من النصل اي الحديد والجفن بفتح الجيم وسكون الفاء الغلاف والحمائل جمع الحمالة

على الف درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة او الا فلسا صح قيمة فلزم المقر الف درهم الا
قيمة دينار وقيمة قفيز الحنطة او الفلس وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان
والقياس ان لا يصح هذا الاستحسان لعدم المجانسة وهو قول محمد وزفر ووجه الاستحسان
ان المجانسة من وجه ثابتة لان المقدرات جنس واحد معنى لانها تثبت في الذمة والعدديات
التي لا يتفاوت كالمقدرات في ذلك بخلاف ما لو استثنى الشاة او الثوب فانه لا يصح هذا
الاستثناء عندنا وقال الشافعي يصح ولا يصح استثناء التابع كالبناء والفص والنخل بان
قال هذه الدار لفلان الا بناءها او قال هذه الخاتم لفلان الا فصه او قال هذا البستان لفلان
الا نخله لان الاستثناء انما يكون فيما يتناوله الكلام نصا وهذا كمن قال هذه الامة
لفلان الا طوقها ودين صحته مطلقا اي سواء علم سببه كما اذا استقرض مالا وعاين الشهود
او علم بالاقرار ودين مرضه اي مرض الموت بسبب فيه اي في مرضه وعلم دين المرض بمعاينة القاضي
او بمعاينة الشهود بلا اقرار كما اذا اشترى شيئا في مرضه وعاين الشهود او تزوج امراة
بمهر مثلها او استاجر شيئا بمعاينة الشهود سواء خبر لقوله ودين صحته وقدما اي
دين الصحة ودين المرض المعلوم سببه على ما اي دين ما اقر به في مرضه ولم يعلم سببه
وقال الشافعي رح هذا يساوي الاولين لاستواء سببه وهو الاقرار ولنا ان اقرار المريض وقع
تعلق به حق الورثة او الغرماء حتى لا يجوز تبرعه بشيء اذا كان الدين محيطا وفيما زاد على الثلث
اذا لم يكن عليه دين تعلق حق الورثة بماله وقدم الكل اي كل الديون الثلاثة
وهي دين الصحة ودين المرض بسبب معلوم ودين المرض الذي علم بمجرد الاقرار على الارث
وان استغرق جميع ماله لان اقرار المريض صحيح وانما يرد لحق غرماء الصحة فاذا لم يبق
حقهم ظهرت صحته ولا يصح ان يخص المريض غريما دون غريم بقضاء دينه لان
حق الكل في التعليق بماله على السواء وعند الشافعي رح يصح تخصيص بعض الغرماء ولا
يصح اقراره لوارثه بدين او بعين الا ان يصدقه بقية الورثة وقال الشافعي

في احد قوليه يصح وقيل معنى قوله الا ان يصدقه البقية اي بقية الغرماء في الدين وبقية
الورثة في الاقرار لوارثه وهو خلاف الظاهر وخلاف ما صرح به في الهداية والكافي فيبطل
الاقرار وان اقر لاجنبي ثم ادعى بنوته وقال انه ابني بعده اي بعد الاقرار لانه ظهر
انه اقرار للوارث لا يبطل الاقرار ان اقر لاجنبية ثم نكح الاجنبية وعند زفر يبطل
الاقرار ايضا للتهمة ولنا انه اقر لمن ليس بينهما سبب التهمة فلا يبطل بسبب يحدث
بعده بخلاف المسئلة الاولى لان دعواه يستند الى زمان العلوق فيظهر ان البنوة
ثابتة في زمان الاقرار فلا يصح ولو اقر المريض ببنوة غلام جهل نسبه وليس له نسب
معروف وهما في السن بحيث يولد مثله اي مثل الغلام لمثله اي مثل المقر وصدقه الغلام
اذا كان الغلام ممن يعبر عن نفسه واما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه فلا يعتبر تصديقه
يثبت نسبه اي نسب الغلام من المقر وشارك الورثة في الميراث لان النسب من الحوائج
الاصلية فلما ثبت نسبه صار كالوارث المعروف وشرط ان لا يكون نسب معروف لان ذلك
يمنع ثبوت النسب من غيره فانه يولد مثله لئلا يكون مكذبا ظاهرا واذا اقرت المرأة بالولد
فان لم يكن ذات زوج يثبت النسب عنها بقولها وان كانت ذات زوج شرط تصديق
الزوج لان فيه تحميل النسب على الزوج اذ انسب منه فلا يلزم بلا التزامه او شهادة قابلة
في اقرارها بالولد فان سبب ثبوت النسب من المرأة الولادة ويمكن ان يقف عليها القابلة
او غيرها ولذا قيل ذكر القابلة خرج مخرج العادة ولو اقر بنسب من غير ولاد لاخ او عم او ابن
اخ او ابن ابن لا يصح اقراره في النسب لانه حمل النسب على الغير وذا لا يجوز ولكن يرث المقر له
من المقر الميت الا ان يكون مع وارث آخر معروف قريبا او بعيدا فانه احق بالارث
من المقر له حتى لو اقر باخ وللمقر عمة او خالة فالارث للعمة او الخالة لانه لم يثبت نسبه
فلا يزاحم الورثة المعروف ومن مات ابوه واقر باخ لم يثبت النسب اخيه من ابيه لان فيه
حمل النسب على الاب وابوه ميت ولا يمكن تصديقه ولكن شاركه الاخ المقر له

في الارث لان مقتضى اقراره شيئان حمل النسب على الغير ولا ولاية له فيه وشركته في الارث وللمقر فيه ولاية فيثبت الشركة في الارث بلا ثبوت النسب من الاب ولو اقر احد ابني انسان ميت له اي للميت على اخرين بقبض ابيه الميت نصفه اي نصف الدين وكذبه الابن الاخر فلا شئ له اي للمقر والنصف من الدين للاخر اي للابن الاخر الذي لم يقر لان الاقرار ينصرف الى نصيبه اي المقر

كتاب الدعوى

هي في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب حق على غيره وهذا معنى قوله اخبار بحق له على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشئ الى نفسه حالة المنازعة والمسالمة يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي و عمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ او نحو المصدر الادعاء والدعوى اسم منه والفها للتانيث يقال دعوى صحيحة او باطلة وجمعها دعاوي بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واما شرعا فيراد به اضافة الشئ الى نفسه في حالة مخصوصة وهي حالة المنازعة الخصومة ولهذا قال والمدعي شرعا من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اذا تركها وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى من يكون مستحقا بقوله بلا حجة كذي اليد وقال محمد المدعى عليه هو المنكر والاخر هو المدعي هو الصحيح لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق اذ المعتبر هو المعنى دون الصورة حتى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة فهو مدع في الظاهر لكن في المعنى منكر لوجوب الضمان ولهذا يحلف القاضي اذا ادعى الرد انه لا يلزم رد ولا ضمان وهي الدعوى انما تصح بذكر شئ علم جنسه بان يدعي ذهبا او فضة او حنطة او شعيرا او قدره بان يقول كذا دينارا او درهما او كذا حنطة او شعيرا وهذا في دعوى الدين وينبغي ان يذكر النوع والصفة ايضا ففي الذخيرة ان كان المدعى مكيلا فانما تصح الدعوى اذا ذكر المدعي جنسه بانه حنطة او شعير ويذكر مع ذلك نوعا انها سقية او برية خريفية او ربيعية ويذكر مع ذلك صفتها انها جيدة او ردية

ويذكر قدرها بالكيل فيقول كذا قفيزا او يذكر في قفيز كذا لان القفزات تتفاوت في ذاتها
ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين يختلف باختلاف اسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان
مكان الايفاء ولا يجوز الاستبدال قبل القبض وان كان من ثمن مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض
ولا يشترط بيان احكام الايفاء وانما يصح دعوى العين بذكر انه في يد مدعى عليه لانه يصير خصما
لكونه في يده وفي المنقول يجب ان يزيد ويقول بغير حق فان الشئ قد يكون في يد غير المالك
بحق كالرهن في يد المرتهن فالبيع في يد البائع لاجل الثمن الا ان هذه العلة يشتمل العقار فينبغي
ان يقول فيه ايضا بغير حق وفي العقار لا يثبت اليد الا بحجة او علم القاضي وهو الصحيح لاحتمال
ان يكون العقار في يد غيرهما وقد تواضعا على ذلك بخلاف المنقول لان اليد فيه
معاين وعند بعض المشائخ يكفي تصديق المدعى عليه ان العقار في يده والمطالبة
به اي انما يصح الدعوى بمطالبة المدعي بين المدعى عليه فهو عطف على قوله بذكر شئ
وباحضاره اي باحضار المدعى ان امكن احضاره بان كان عينا منقولا ليشير اليه المدعي
والشاهد والحالف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذا في المنقول بالاشارة حتى
قالوا في المنقول الذي تعذر النقل كالرحى ونحوه حضر القاضي عنده او بعث امينا او
ذكر قيمته ان تعذر احضاره فانه لما تعذر مشاهدة عينه تجب ذكر قيمته ليصير
المدعى معلوما وفي الذخيرة ان وقع الدعوى في عين الغائب لا يعرف مكانه بان ادعى
رجل انه غصب منه ثوبا او جارية لا يدري انه قائم او هالك فان بين الجنس والصفة
والقيمة يكون مسموعة وبينته مقبولة وان لم يذكر القيمة اشار في عامة الكتب الى انها
مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلفه ببيان القيمة يتضرر به وقال فخر
الاسلام اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي للقاضي ان يكلف المدعي ببيان القيمة فان
كلفه ولم يبين يسمع دعواه فاذا سقط بيان القيمة من المدعي سقط من الشاهد بطريق
الاولى وذكر الحدود الاربعة او الثلثة في العقار وكما يشترط التحديد في الدعوى

يشترط في الشهادة وان ذكر الثلثة من الحدود يكتفي به عندنا خلافا لزفر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة فانه لا يقبل وذكر اسماء اصحابها اي اصحاب الحدود ونسبهم الى الجد لان تمام التعريف به فان كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره وفي الدار لا بد من التحديد وان كان مشهورة عند ابي حنيفة وعندهما لا يشترط واذا صحت الدعوى سال القاضي الخصم اي المدعى عليه عنها فان اقر قضي عليه واطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء وكان الحكم من القاضي الزاما للخروج عن موجب ما اقر به بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها او ينكر فيسال القاضي المدعي بينة على دعواه فان اقام البينة قضي عليه بها وان لم يقم حلفه ان طلبه اي طلب التحليف خصمه اي المدعي لان اليمين حقه فان المدعي التوى حقه بانكاره فشرع الاستحلاف لحقه حتى لو كان الامر كما زعم يكون التوى بمقابلة التوى فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى على سبيل التعظيم صادقا فان نكل المدعى عليه عن اليمين مرة وقال لا احلف على المدعي او سكت بلا آفة من صمم وخرس وقضى بالنكول صح عندنا وعند الشافعي لا يقضي بل يرد اليمين على المدعي كما سيجيء وعرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلثا فيقول له اعرض عليك اليمين ثلث مرات فان حلفت والا قضيت ثم اذا كرر العرض ثلث مرات فالقضاء بالنكول احوط والتقدير بالثلث في عرض اليمين لازم في المروي عن ابي يوسف ومحمد والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول مرة نفذ قضاؤه في الصحيح كما ذكرنا ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ولا يرد اليمين على المدعي وان نكل خصمه اي ان قال المدعى عليه انا احلف لا يحلف المدعي اتفاقا واذا قال لا احلف ونكل لا يرد اليمين على المدعي عندنا وعند الشافعي اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا ونكل المدعى عليه ليرد اليمين على المدعي فان حلف قضي به والا لا وكذا اذا اقام شاهدا واحدا وعجز عن اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه ان حلف قضي له عليه بما ادعى وان نكل لا يقضي

اله بشئ ولا يحلف في نكاح بان ادعى رجل على امرأة او هي عليه نكاحها والاخر منكر فانه لا
يحلف الرجل ولا المرأة ورجعة بان ادعت عليه او هو عليها بعد انقضاء العدة انه راجعها في العدة
وفي ايلاء بان ادعى الزوج المولي عليها او هي عليه بعد انقضاء مدة الايلاء انه فاء اليها في
المدة وانكر الاخر واستيلاد بان ادعت امة على سيدها انها ولدت منه هذا الولد او ادعت
انها ولدت منه ولدا وقد مات وانكر المولى ولا يتصور في هذه المسئلة من الجانب الاخر لو ادعى
المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يعتبر بانكارها ورق بان ادعى على مجهول النسب انه عبده
او ادعى مجهول النسب انه عبده وانكر الاخر ونسب بان ادعى على المجهول النسب انه ابنه او هو يدعي عليه
انه ابوه وانكر الاخر ولم يذكر المصنف هذه المسئلة في شرح الوقاية مع انه مذكور في المتن
فكانه غفل عنها وولاء سواء كان ولاء عتاقة بان ادعى على معروف النسب انه معتقه وانا مولاه
او ادعى المعروف عليه ذلك وانكر الاخر او ولاء الموالاة بان ادعى على رجل مجهول النسب انه مولاه
ولاء موالاة او ادعى المجهول عليه ذلك وانكر الاخر فعند ابي حنيفة رح لا يستحلف في هذه
المسائل السبع وعندهما يستحلف واذا نكل يقضي عليه بالنكول لان النكول اقرار لان الحلف
واجب عليه على تقدير صدقه في انكاره واذا امتنع عن الحلف علم انه غير صادق في انكاره و
اذا كان النكول اقرارا والاقرار يجري في هذه الامور فيحلف حتى اذا نكل يقضي عليه بالنكول و
لابي حنيفة ان النكول بذل لان المرء ربما يتحرز عن اليمين الصادق فيبذل شيئا ولا يحلف واذا
امكن حمله على البذل لا يثبت الاقرار بالشك فيحمل على البذل والبذل لا يجري في هذه الاشياء و
قد قيل في هذه الاشياء شعر وليس استحلاف في النكاح* والفيء والرجعة للاصلاح*
والرق والولاء والولادة* في جحود المرء الاستيلاد* وقال فخر الدين في جامع الصغير الفتوى
على قولهما وقيل ينبغي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه اخذا بقولهما
وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله ولا يستحلف في حد بان ادعى رجل على رجل
الاخر انك قذفتني بالزنا وعليك الحد وانكر الاخر لا يستحلف بالاجماع ولعان بان ادعت المرأة على زوجها

قذفها

قذفها قذف موجب اللعان وانكر الزوج لا يستحلف بالاجماع الا اذا ادعى في النكاح والنسب
مالا كمهر ونفقة وارث اي اذا ادعت المرأة النكاح وطلبت المال كمهر ونفقة وانكر الزوج يحلف فان نكل يلزم
ولا يثبت الحل عند ابي حنيفة وكذا اذا ادعى رجل هو زمن على رجل انه اخ المدعى عليه وطلب ان
يفرض القاضي عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعي اخاه فانه يستحلف المدعى
عليه ولكن ان نكل يثبت ما ادعى من المال لا النسب وكذا اذا ادعى على المدعى عليه ان اباهما مات وترك ما لا
في يد المدعى عليه وانكر المدعى عليه فانه يستحلف وان نكل يثبت الارث لا النسب فقوله كمهر
خاص بالنكاح وفي قوله نفقة مشتركة بين النكاح والنسب وقوله وارث خاص بالنسب وحلف السارق
ان انكر وضمن المال ان نكل ولكن لم يقطع يده لان في السرقة يدعى المال والحد والمال
يثبت بالنكول لا الحد وحلف الزوج ان ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول او بعده فيثبت
ان نكل نصف المهر في الطلاق قبل الدخول او كله في الطلاق بعد الدخول في قولهم جميعا
لان الاستحلاف يجري في الطلاق اتفاقا خصوصا اذا كان قصد المال وكذا ادعى قودا وانكر المدعى
عليه حلف منكر القود اجماعا فان نكل في النفس لا يقضى بقتل ولا دية بل يحبس حتى يقر او يحلف
وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الدية وان نكل فيما دونها اي دون النفس يقتص منه عند ابي حنيفة
لان الاطراف تستوفى بالنكول كالاموال لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت
وقاية للنفس كالاموال فتجري فيها الابتذال الا ترى انه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يضمن شيئا وعندهما
يلزم الارش فيما دون النفس ايضا فان النكول اقرار منه وفيه شبهة فلا يثبت به القصاص بل يلزم
المال واذا قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر وطلب حلف الخصم لا يحلف عند ابي حنيفة
ولو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب يحلف ويكفل بنفسه اي يقال للمدعى عليه اعطه
كفيلا ثلثة ايام لئلا يغيب فيبطل حق المدعي ويجب ان يكون الكفيل ثقة معروف الدار حتى
يحصل فائدة التكفيل وهو لا يتناول اخذ الكفيل بعد اقامة البينة قياسا واستحسانا
وقبل اقامتها بمجرد الدعوى استحسانا عندنا اذ فيه نظر للمدعي وليس في التكفيل كثير ضرر

بالمدعى عليه والتقدير بثلثة ايام مروى عن ابى حنيفة وهو الصحيح وعند ابى يوسف انه مقدر بما بين مجلس القاضى ولا فرق فى الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطر وعن محمد انه اذا كان معروفا والظاهر من حاله ان لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبس على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر فان ابى الخصم ان يعطيه الكفيل لازمه اى دار معه حيث سار ولو كان الخصم غريبا لازم المدعى والغريب قدر مجلس الحكم اى مقدار ما يكون القاضى جالسا فى المحكمة فقوله والغريب عطف على الضمير المنصوب فى لازمه وكذا لا يكفل بالغريب الا الى اخر المجلس فان اتى بالبينة فيها والا يحلف ان شاء او يدعه لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة على هذا القدر اضرار بالغريب والحلف بالله تعالى دون غيره لقوله عليه الصلوة والسلام ولا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله اوليذر ولا بالطلاق والعتاق لما روينا فان الح الخصم به قيل صح للقاضى ان يحلف بهما اى بالطلاق والعتاق فى زماننا لقلة مبالات الناس باليمين بالله تعالى لكن القاضى اذا حلف المدعى عليه بالطلاق فنكل لا يقضى عليه بالنكول ولو قضى لا ينفذ قضاؤه وذكر الامام قاضى خان فى فتاواه انه اذا اراد المدعى تحليفه بالطلاق والعتاق ففى ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى الى ذلك التحليف فى زماننا لان التحليف بالطلاق والعتاق ونحوه حرام وبعضهم جوزوا ذلك فى زماننا والصحيح ظاهر الرواية ويغلظ بصفاته نحو بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر كما يعلم من العلانية ونحو ذلك وله ان يزيد فى التغليظ على هذا وله ان ينقص منه الا انه يحتاط به فلا يذكر بلفظ الواو لئلا يتكرر عليه اليمين وان شاء القاضى لم يغلظ فيقول قل بالله او والله لان المقصود منه النكول واحوال الناس فيه شتى فمنهم من يمتنع اذا غلظ اليمين ويتجاسر اذا لم يغلظ فكان الرأى فى ذلك الى القاضى وقيل لا يغلظ على الرجل المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ على الخطير من المال دون

قهستانی قوله والغريب عطف على الضمير فى لازمه اى لازم الخصم الغريب قدر مجلس الحكم ١٢

برجندی قوله ولا يكفل اى وكذا لا يكفل بالغريب الا الى آخر المجلس فان اتى بالبينة فيها والا يحلف ان شاء او يدعه لان فى اخذ الكفيل والملازمة زيادة اضرار بالغريب ١٢

الحقير منه لا يغلظ اليمين بالزمان والمكان وقال الشافعي ان كان اليمين في قسامة او لعان
او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا يختص بالمكان فيعين الركن والمقام في مكة وعند منبر
النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة والجامع في غيرهما وان لم يكن ثمة جامع او بالزمان بعد العصر
يوم الجمعة وحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى عليه السلام والنصراني بالله
الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام والمجوسي بالله الذي خلق النار فيغلظ على كل واحد
بما يعتقده وتغليظ اليمين به ليكون ردعا له عن اليمين الكاذبة وعند ابي حنيفة لا يحلف احد
الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض المشائخ
لما في ذكر النار في اليمين من تعظيم النار فلا ينبغي ان يعظم النار ولا يحلف الوثني الا بالله
اذ الكفرة كلهم مع اختلاف ملتهم يعتقدون بالله تعالى ولا يحلف اليهودي والنصراني والوثني
في معابدهم لان فيه تعظيمها والقاضي ممنوع ان يحضرها ومن ادعى انه ابتاع من هذا
عبدا فجحد يحلف الجاحد على الحاصل نحو بالله ما بينكما بيع قائم او ادعى نكاحا فجحد يحلف
على الحاصل نحو بالله ما بينكما نكاح قائم في الحال او ادعى طلاقا فجحد يحلف على الحاصل
نحو بالله ما هي بائن منك الان والاصل ان الدعوى اذا وقعت في سبب يرتفع بعد وقوعه
كالبيع والنكاح والطلاق فاليمين يكون على الحاصل لا على السبب عند ابي حنيفة ومحمد رح
نحو بالله ما بعته ونحوه مثل بالله ما طلقتها لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه
لان هذه الاسباب ترتفع بان باع شيئا ثم تقايلا او طلق امرأة ثم راجعها او نكحها فلو
حلف على السبب كالبيع ونحوه يكون الحالف كاذبا ولو لم يحلف يثبت مدعى المدعي لانه لو
ادعى المعنى الظاهر كالاقالة في البيع مثلا لم يقبل قوله واذا حلف على الحاصل فقد روعي
المدعي والمدعى عليه حقهما وعند ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب
الا اذا عرض المدعى عليه بان يقول ايها القاضي لا يحلفني على السبب فان الانسان
قد يبيع ثم يقيل او يطلق ثم يرجع او يتزوج ثم يخلع فيحلف القاضي على الحاصل وعنه انه

ينظر القاضي الى انكار المدعى عليه ان انكر السبب كالبيع ونحوه يحلف على السبب فان انكر الحكم يحلف على الحاصل وعليه كثر القضاة وقال فخر الاسلام يفوض ذلك الى رأى القاضي فانقيل ينبغي ان يحلف على السبب دائما وان عرض المدعى عليه فلا اعتبار لذلك التعرض لان غاية ما في الباب انه وقع البيع ثم وقع الاقالة ففي دعوى الاقالة يصير المدعى عليه مدعيا فعليه البينة على الاقالة فان عجز فعلى المدعي اليمين قلنا دفع الدعوى اسهل من اثبات المدعى اذ ربما يعجز مدعي الاقالة عن اقامة البينة ولا يامن من المدعى عليه ان يجسر على اليمين الكاذبة فان الشايع ان كل احد يحتال في باب الدعوى دافعا مدعى عليه ويحترز ان يكون مدعيا مثبتا واذا انكر المدعى عليه الحاصل وقال لا بيع قائم بيننا مثلا كيف يجعل مدعيا اذ لا يجوز للقاضي ان يلزمه ان يكون مدعيا فلذلك قال الا ان يتضرر المدعي فيكون في التحليف على الحاصل ترك النظر له فيحلف على السبب بالاجماع كدعوى الشفيع الشفعة بالجوار والمشتري ضمن لا يراها بان كان المشتري الشافعي المذهب فانه ربما يحلف على مذهب الشافعي رح انه لا يجب الشفعة فان الشفعة لا تجب بالجوار عنده فلو حلف على الحاصل بالله ما هو مستحق للشفعة يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي فيحلف المشتري على السبب مثل بالله ما اشتريت هذه الدار وكذا يحلف على السبب اجماعا في سبب لا يتكرر ولا يرتفع برافع كعبد مسلم يدعي عتقه على مولاه ويجحده فان المولى يحلف على السبب بالله ما اعتقه فانه لا ضرورة الى الحلف على الحاصل فان العبد المسلم لا يجوز ان يعود رقيقا بعد العتق وفي دعوى الامة والعبد الكافر العتق يحلف المولى على الحاصل مثل ما هي حرة او ما هو حر في الحال لان السبب قد يرتفع فيهما ويمكن تكرار الرق اما في الامة فبالردة واللحاق بدار الحرب ثم السبي واما في العبد الكافر فبنقض العهد واللحاق بدار الحرب ثم السبي بخلاف عبد المسلم ويحلف على العلم من ورث شيئا فادعاه آخر اي لو ورث رجل عبدا مثلا فادعى رجل آخر انه له ولا بينة للمدعي واراد تحليف الوارث على دعواه يحلف بالله ما تعلم ان هذا عبده ويحلف على البتات ان وهب له او اشتراه فان الموهوب له والمشتري يحلفان بالله ليس هذا ملكا للمدعي

والاصل ان التحليف فی الشرع علی نوعین علی البتات ای القطع وعلی العلم فان التحلیف یکون علی
مبلغ علم من یستحلف وهو الحالف فالمشتری او الموهوب له مالک بسبب شرعی وضع للملک فیصح تحلیفه
علی البتات اما الوارث فلا علم له بما صنع مورثه ظاهرا فلو حلفناه علی البتات لامتنع عن الیمین
مع کونه صادقا فیها فیتضرر فطولب بالعلم والضابط ان التحلیف علی فعل نفسه یکون علی البتات
وعلی فعل غیره علی العلم وفی کل موضع وجب الیمین علی البتات فحلفه علی العلم لا یکون معتبرا
واذا نکل عن الیمین علی العلم لا یعتبر ذلک النکول ولو وجبت علی العلم فحلف علی البتات
فسقط عنه الحلف علی العلم ولو نکل عنه یقضی علیه وصح فداء الحلف فانه اذا توجه
الحلف علی المدعی علیه فافتدی بمال وقال اعطیت هذه العشرة مثلا فداء عن الیمین
وقبل الاخر صح وکذا صح الصلح عنه ای عن الحلف کما اذا قال المدعی صالحت عن دعوی
الحلف علی مال وقبل الاخر صح ولیس للمدعی ان یستحلفه بعد الفداء والصلح ابدا لانه
اسقط حقه بنفسه باخذ البدل منه

فصل

ولو اختلفا المتبائعان فی قدر الثمن
بان ادعی المشتری ثمنا اقل وادعی البائع اکثر منه او قدر المبیع بان اعترف البائع بقدر
من المبیع وادعی المشتری اکثر منه حکم لمن برهن ای اقام البینة علی مدعاه سواء کان
بائعا او مشتریا وان برهنا فالبینة لمثبت الزیادة اولی لان البینات شرعت للاثبات وحکم
لمثبت الزیادة وهو البائع ان کان الاختلاف فی قدر الثمن والمشتری ان کان الاختلاف فی قدر
المبیع وان اختلفا فیهما ای فی قدر الثمن وقدر المبیع جمیعا کما اذا قال البائع بعت هذا
العبد الواحد بالفین وقال المشتری اشتریت العبدین بالف واقام کل واحد حجة یقبل
الحجتان معا فحجة البائع فی زیادة الثمن اولی لانها اکثر اثباتا وحجة المشتری فی زیادة
المبیع اولی لانها اکثر اثباتا وان عجزا ای المشتری والبائع عن اقامة البینة ولم یکن لکل
واحد منهما بینة سواء کان الاختلاف فی الثمن او فی المبیع او فیهما رضی کل من البائع
والمشتری بزیادة تدعیه الاخر والا تحالفا فان کان الاختلاف فی الثمن قبل

لا یصح بعد قبضه قیاسا واستحسانا کما فی المضمرات ١٢

للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه البايع والا فسخنا البيع وان كان الاختلاف
في المبيع قيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري والا فسخنا البيع ان كان الاختلاف في كل منهما
قيل ذلك لكل منهما فان رضي كل بقول الآخر فظاهر والا تحالفا لان الغرض دفع الخصومة وقد امكن
ذلك برضاء احدهما بما يدعيه الآخر فيجب ان لا يعجل القاضي بالفسخ حتى يسأل كل واحد منهما
عما يختار فان لم يتراضيا استحلف القاضي كل واحد منهما على دعوى الآخر والاصل ان الاختلاف
اذا كان في الثمن فالتحالف قبل موافق للقياس لان البائع يدعي على المشتري زيادة الثمن والمشتري
ينكر والمشتري يدعي على البائع وجوب تسليم المبيع بما ادعاه ثمنا وهو اقل الثمنين والبائع ينكر فكان
كل واحد منهما منكرا وتحليف المنكر موافق للقياس اما التحالف بعد القبض فعلى خلاف القياس
عند ابي حنيفة وابي يوسف فان المشتري لا يدعي على البائع شيئا لان المبيع قد سلم له
فبقي دعوى البائع على المشتري بزيادة الثمن وهو منكر وانما يثبت التحالف بعد القبض
لقوله عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا
وحلف المشتري اولا في الصور الثلاثة هو الصحيح وهو المروي عن ابي حنيفة وابي يوسف
وهو قول محمد وزفر لان انكار المشتري اسبق لانه يطالب اولا بالثمن فيكون هو البادي
بالانكار فيبدأ بيمينه ولان اليمين انما شرعت لفائدة النكول ونكول المشتري
يتعجل فائدته وهو تسليم الثمن ونكول البائع يتاخر فائدته لان تسليم المبيع
يتاخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال للبائع امسك المبيع حتى تستوفي الثمن فكان
تقديم ما تعجل فائدته بالنكول اولى وعن ابي يوسف انه يبدأ بيمين البائع وقيل
يقرع بينهما وهذا اذا كان بيع عين بدين فان بيع عين بعين او ثمن بثمن يبدأ
القاضي بيمين ايهما شاء واذا حلفا فسخ القاضي البيع بينهما ان طلبا او طلب احدهما
وقيل يفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول ومن نكل منهما عن اليمين لزمه دعوى
الآخر واذا عرض اليمين اولا على المشتري فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف

يعرض اليمين على البائع فان حلف يفسخ البيع وان نكل لزمه دعوى المشتري ولا يتحالفا
ن باختلفا في الاجل سواء قال المشتري الثمن مؤجل وانكر البائع وقال المشتري الثمن مؤجل
الى سنة وقال البائع بل الى نصف سنة لان هذا الاختلاف في غير المعقود عليه والمعقود
به والشرع علق وجوب التحالف باختلاف المتبائعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق
وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا باجل
واذا اختلفا في المبيع والثمن فكل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه
والآخر ينكره فيتحالفان وقال زفر والشافعي يتحالفان اذا اختلفا في الاجل وكذا لا يتحالفان ان اختلفا
في شرط الخيار بان قال احدهما شرط الخيار وانكر الآخر وقال احدهما الخيار الى ثلثة ايام وقال الآخر
لا بل الى يومين لانهما اختلفا في امر زائد واتفقا على معقود عليه والمعقود به فلا يتحالفان ولا
ان اختلفا في قبض بعض الثمن بان قال المشتري اديت بعضه فانكر البائع ولو اختلفا في قبض كل
الثمن فالحكم كذلك حيث يكون الحلف على البائع لا غير وانما لم يذكره لان ذلك مفروغ عنه
بلعبارة انه صار ذلك بمنزلة سائر الدعاوى او لانه يعلم بذكر البعض وحلف المنكر اي منكر
الاجل وشرط الخيار وقبض بعض الثمن والقول له مع حلفه وان هلك المبيع بعد
القبض ثم اختلفا في قدر الثمن لا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح بعد
هلاك المبيع وحلف المشتري والقول له وعند محمد يتحالفان ويفسخ البيع
على قيمة الهلاك وهو قول الشافعي رح وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او تغير
وصار بحال لا يقدر على رده بالعيب بان زاد زيادة متصلة او منفصلة
لان كل واحد منهما يدعي عقدا غير العقد الذي يدعيه صاحبه
والآخر منكر فان البيع يختلف باختلاف الثمن فيتحالفان ولهما قوله
عليه الصلوة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا
والتحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتعدى الى هلاك

السلعة لان حال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لان عند قيامها
يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف بانه يفسخ العقد فيعود كل واحد منهما الى راس
ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فان العقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ
بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف ولا يتحالفان بعد هلاك بعضه اى بعض المبيع
كما اذا اشترى عبدين صفقة واحدة فقبضهما ثم مات احدهما واختلفا فى الثمن فقال
المشترى اشتريتهما بالف درهم وقال البائع اشتريتهما بالفى درهم يتحالفان عند ابى
حنيفة رح الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك اى لا ياخذ من الثمن الهالك شيئا
اصلا ويجعل الهالك كانه لم يكن وكان العقد لم يكن الا على العبد القائم فح يتحالفان
على القائم ويفسخ العقد ويأخذ البائع العبد الحى ولا شئ له من الهالك وقال ابو يوسف
يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فى الحى والقول للمشترى فى حصة الهالك من الثمن
مع يمينه وقال محمد يتحالفان عليهما ويرد الحى وقيمة الهالك ولو اختلفا اى الموجر و
المستأجر فى بدل الاجارة قبل استيفاء المنفعة وقبضها بان قال الموجر اجرت الدار
شهرا بعشرة دراهم وقال المستاجر استاجرت بثمانية دراهم او المنفعة قبل قبضها
بان قال المستأجر استاجرت الدار شهرين وقال الموجر اجرت شهرا يتحالفا وفسخ العقد كما
فى المبيع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير المبيع قبل قبض المبيع باعتبار كل واحد من
المتعاقدين يدعى على صاحبه وهو ينكر وكل من العقد معاوضة يحتمل الفسخ فالحقت الاجارة
بالبيع فان قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة قلنا الدار مثلا اقيمت مقام
المنفعة فى حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديرا والمنفعة كالمبيع فاذا وقع الاختلاف
فى المنفعة لزم التحالف كما اذا اختلفا فى المبيع والاجرة كالثمن فعند الاختلاف فى الاجرة لزم التحالف
كالاختلاف فى الثمن فان وقع الاختلاف فى الاجرة بدأ بيمين المستأجر وان وقع فى المنفعة بدأ بيمين الموجر
وايهما نكل لزمه الدعوى صاحبه وايهما اقام البينة يقبل بينته وان اقاما فبينة الموجر

اولی ان اختلفا فی الاجرة وبینة المستاجر اولی ان اختلفا فی المنفعة وان اختلفا فیهما نحو
ان یدعی الموجر شهرا بعشرة والمستاجر شهرین بخمسة یقبل بینة کل واحد منهما فیما یدعی من الزیادة
فیقضی بشهرین بعشرة ولو اختلفا فی قدر الاجرة بعد قبضها ای قبض المنفعة لا یتحالفان والقول
للمستاجر مع یمینه لانه منکر للزیادة وهذا لان جریان التحالف لفائدة الفسخ والمنافع المستوفات
لا یمکن فسخ العقد فیهما فلا یجری التحالف فان قیل عدم جریان التحالف ظاهر علی مذهب ابی حنیفة
وابی یوسف رحمهما الله تعالی لان هلاک المعقود علیه مانع للتحالف عندهما فاما عند محمد رح
فینبغی ان یجری التحالف کما لو هلک المبیع قلنا اذا فسخ البیع بالتحالف یمکن ایجاب قیمة المعقود
علیه لان العین متقومة بنفسها وهنا اذا تحالفا فسخ العقد فلا قیمة للمعقود علیه لان
المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ ارتفع العقد من الاصل ولو اختلفا بعد قبض
بعضها ای قبض بعض المنفعة تحالفا وفسخت الاجارة فیما بقی ای من المدة لان عقد الاجارة
ینعقد ساعة فساعة علی حسب حدوث المنفعة فیصیر کل جزء من المنفعة کالمعقود عقد
مبتدأ فصار ما بقی من المدة کالمنفردة بالعقد فیتحالفان فیه بخلاف ما اذا هلک بعض
المبیع لان کل جزء منه لیس بمعقود علیه عقدا بل الجملة معقود علیه بعقد واحد
فاذا تعذر الفسخ فی بعضه بالهلاک تعذر فی الکل ضرورة وکان القول فی مقدار
الاجرة للمستاجر فیما مضی من المدة لانه منکر للزیادة وان اختلف الزوجان فی متاع
البیت فادعی کل ان المتاع له والنکاح بینهما قائم او لیس بقائم ولا بینة لاحدهما فلها ما
صلح لها ای القول للمرأة مع یمینها فیما یصلح لها کالدرع والخمار والمراة ونحوها لان الظاهر
شاهد لها الا اذا کان الرجل صانعا او یبیع ثیاب النساء وله ما صلح له
کالعمامة والقباء والقلنسوة والطیلسان والسلاح والمنطقة والکتب
فالقول فیها قول الزوج مع الیمین الا اذا کانت المرأة تبیع ثیاب الرجل او
یصلح لهما کالفراش والامتعة والاوانی والرقیق والمنزل

والعقار والمواشي والنقود فالقول فيها للزوج لان المرأة وما في يدها في يد الزوج
فالاول كلها في يد زوج بخلاف ما يختص بها لان لها ظاهر اخر وهو اظهر من اليد
وهو الاستعمال فجعلنا القول قولها وان مات احدهما اي احد الزوجين واختلف
ورثته مع الاخر في متاع البيت فالمشكل اي ما يصلح للرجال والنساء للحي مع يمينه لان
اليد للحي لا للميت والجواب في غير المشكل على ما مر وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة وعند
ابي يوسف يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه والطلاق والحياة
والموت سواء وقال محمد ما صلح له فله وما صلح لها فلها وما صلح لهما فله في حال حياته
ولورثته بعد موته لقيامهم مقامه وقال الشافعي ومالك وزفر المشكل بينهما وقال ابن ابي
ليلى الكل للرجل ولها ثياب بدنها وقال الحسن البصري الكل لها وله ثياب وان
كان احدهما عبدا اي مملوكا سواء كان محجورا او ماذونا فالكل اي كل متاع البيت
للحر في حال الحياة لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك وقال
ابو يوسف ومحمد الماذون والمكاتب كالحر وان مات احدهما فكل المتاع للحي حرا كان او عبدا
بعد الموت لانه لا يد للميت فبقيت يد الحي بلا معارض هكذا ذكره في الهداية والجامع الصغير
للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلواني والامام فخر الدين قاضي خان وذكر شمس الائمة
في جامع الصغير وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي رواية محمد والزعفراني للحر منهما
بالراء ولو ادعى رجل عبدا مثلا في يد رجل انه له سقط دعوى الملك المطلق ان قال وبرهن
ذو اليد على ان العبد المدعى مثلا وديعة زيد عندي او عارية او رهن او مؤجر او مغصوب من
زيد لانه اثبت بالبينة ان يده ليست يد خصومة فلا خصومة بينه وبين المدعي وقال ابن شبرمة
لا يخرج من خصومة وان اقام البينة على ما قال ابن ابي ليلى يخرج من خصومة بمجرد قوله بغير
بينة وقال ابو يوسف ان كان ذو اليد صالحا يندفع عنه الخصومة اذا اقام البينة وان كان معروفا بالحيل
لم يندفع الخصومة عنه باقامة البينة رجع اليه حين ابتلي بالقضاء وعرف احوال الناس فقال المحتال قد يأخذ

قال النسان غصبا ثم يدفعه سرا الى من يريد ان يغيب من البلدة حتى يودعه بشهادة الشهود
حتى اذا جاء المالك واراد ان يثبت ملكه يقوم ذو اليد البينة ان فلانا اودعه فيبطل حقه
ويدفع خصومة المالك وهذا اذا عرف الشهود صاحب اليد المودع باسمه ونسبه ووجهه فاما اذا قال
الشهود ذو اليد اودعه رجل لا نعرفه اصلا فالقاضي لا يقبل شهادتهم اصلا ولا يندفع خصومة
المدعي عن صاحب اليد بالاجماع وعند محمد ان قال شهود ذو اليد نعرف المودع بوجهه
ولا نعرف باسمه ونسبه لا يندفع الخصومة عنه وعن ابي حنيفة يندفع الخصومة بالبينة
وهذه المسئلة يسمى مخمسة كتاب الدعوى فان المخمسة من العلماء اقوالا كما
ذكرنا وهي ايضا خمس مسائل وهي ما اذا قال هذا الشئ لفلان الغائب عندي وديعة
او عارية او اجارة او رهن او غصب ولو ادعى ذو اليد والخارج الملك المطلق كان
حجة الخارج في الملك المطلق احق من حجة ذي اليد لان حجته اكثر اثباتا وعند
الشافعي حجة ذي اليد احق وان وقت احدهما فقط دون الآخر وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى ولو ادعى رجلان
ملكا مطلقا والمدعى في يد ثالث ولم يوقتا او وقتا وقتا واحدا وبرهن خارجان
على شئ قضي لهما نصفين لاستوائهما في الحجة وعند الشافعي تهاترت البينات
اي سقطت ولو ادعى خارجان وبرهنا في النكاح اي نكاح امرأة سقطا ولم يقض بواحدة
من البينتين لان العمل تعذر بهما لانه لا يحتمل الشركة بخلاف الملك فان الشركة فيه يمكن
وهي زوجة لمن صدقته لانه يحكم بالنكاح بتصادق الزوجين وان ارخا اي المدعيان
الزوجية فالسابق احق لما فيه من زيادة الاثبات ويلزم من ذلك بطلان نكاح الآخر وان
اقرت المرأة بالزوجية لاحدهما فهي زوجة له لتصادقهما عليه فان برهن الآخر على
انها زوجته قضي بها له لان البينة اقوى من الاقرار وان برهن احدهما على انها زوجته
وقضي بها ثم ادعى وبرهن الآخر على انها امرأته لم يقض له بها لان الشئ لا ينقض بما دونه

لاتصال القضاء بالاول دون الثاني الا اذا اثبت الآخر سبقه اي سبق نكاحه على الاول فح يقضي بها الثاني لظهور الخطاء في الاول وهذا كما لم يقض بحجة المدعي على الخارج على زوج ذي يد ظهر نكاحه الا اذا اثبت سبقه اي اذا كانت المراة في يد رجل ونكاحه ظاهر وادعى الخارج انها زوجته واقام البينة لم يقض له الا اذا اثبت ان نكاحه سابق وان ادعى رجلان كل واحد منهما انه اشترى شيئا من صاحب اليد وبرهنا على شراء شيء من ذي اليد فلكل نصفه بنصف الثمن وتركه اي لكل واحد منهما الخيار ان شاء اخذ نصف ذلك الشيء بنصف الثمن وان شاء تركه وانما خير كل من المشتريين لانه ما رضي بالعقد الا ان يسلم له كل المبيع فاذا لم يسلم اختل رضاه فخير ولو ترك احدهما بعد ما قضي له بان قال بعد قضاء القاضي لا اختاره لم ياخذ المدعي الآخر كله لانه صار مقضيا عليه في النصف الذي هو نصيب الآخر فانفسخ البيع فيه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان ياخذ كله لانه يدعي الكل وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا واقاما البينة كان الشراء احق من الهبة لان الشراء عقد ضمان يوجب الملك في العوضين والهبة ينزع وكذا لو ادعى احدهما الشراء والآخر الصدقة او الرهن لان الشراء احق من صدقة ورهن مع قبض ولو ادعى رجل الشراء من ذي اليد وادعت المراة ان ذا اليد تزوجها عليه كان الشراء والمهر سواء فيقضي لكل واحد منهما بالنصف لان كل واحد منهما يثبت الملك بنفسه كما في الدعوى بين المشتريين فان قيل الشراء مبادلة مال بمال والنكاح مبادلة مال بما ليس بمال فكان الشراء اولى قلنا النكاح اولى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد ويتاكد حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم بخلاف الشراء وقال محمد الشراء اولى وكذا لو ادعى احد الخارجين على ذي اليد انك غصبت هذا الشيء مني والآخر ادعى اني اودعت هذا الشيء عندك وبرهنا كان الغصب والوديعة سواء فينصف

الشئ بينهما لاستوائهما فان المودع اذا جحد الوديعة صار غاصبا واعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا وبرهنا فلا يخ اما ان يكون يدعيا ملكا مطلقا او ارثا او شراء وكل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او في يدهما او في يد احدهما وكل وجه على اربعة اقسام لانهما ان لم يؤرخا او ارخا تاريخا واحدا او ارخا وتاريخ احدهما اسبق او ارخ احدهما دون الآخر وجملة ذلك ستة وثلثون فصلا ولا ترجح بكثرة الشهود وزيادة عددها حتى لو اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء فان الترجيح عندنا لا يقع بكثرة العلل بل بقوة العلة وعند الاوزاعي لاكثر العدد ولا يرجح ايضا بزيادة العدالة وعند مالك يقضي باعدل البينتين ولو ادعى احد الخارجين نصف الدار في يد رجل والخارج الآخر ادعى كلها وبرهنا على ذلك فعند ابي حنيفة يقسم الدار بين مدعيين ارباعا بطريق المنازعة فالربع للاول اے اى لمدعى النصف والباقي للثاني اے لمدعى الكل فابو حنيفة رح اعتبر في هذه المسئلة طريق المنازعة وهو ان نصف الدار سلم لمدعى الكل بلا منازعة لثبوت منازعتهما في النصف الآخر فيتنصف بينهما فجعل الدار على اربعة اسهم لحاجتنا الى الرابع واقل مخرجه اربعة فلمدعى الكل ثلثة ارباع ولمدعى النصف ربع وقالا يقسم الدار بينهما اثلاثا الثلث للاول والباقي للثاني فهما اعتبرا طريق العول والمضاربة واما العول فلان في المسئلة كلا ونصفا فالمسئلة من اثنين ويعول الى ثلثة فلمدعى الكل سهمان ولمدعى النصف سهم واما المضاربة فلان كل واحد منهما يضرب اى ياخذ بقدر حقه فلمدعى الكل الثلثان من الثلثة ولمدعى النصف ثلث لان الدار جعلت سهمين لحاجتنا الى النصف بواسطة دعوى النصف ففي المسئلة سهمان وسهم اى مثلثان وثلث فيضرب صاحب الكل حقه وهو ثلثان في الدار فحصل له سهمان ويضرب صاحب النصف حقه وهو الثلث فيها فحصل له سهم فان

قهستاني

نعم لابنتين

عم

لا يبقى شئ لمدعى النصف وفي اعطاء النصف لا يبقى النصفين لمدعى النصفين فاقتسما الدار على ثلثة اسهم ضرورة استيفاء حقهما فكان لمدعى النصف ثلث لان النصف يكون ثلثا نظرا الى ثلثة نصف ونصفين يكون ثلثين نظرا الى ثلثة نصف ۱۲

تقرير

معنى ضرب الكسور في عدد اضافة الكسر اليه فضرب ثلثين في الدار التي جعلت ثلثه
اضافة الثلثين اليها اي ثلثان من الثلث ضرب الثلث فيها اضافة اليها وان كانت
الدار معهما اي في يد المدعيين الذين يدعي احدهما نصفا والاخر الكل وبرهنا فهي اي
الدار كلها للثاني اي المدعي للكل نصف بالقضاء ونصف لا به اي لا بالقضاء وكان الدار
اذا كانت في يدهما يكون النصف في يد كل واحد منهما فالنصف الذي في يد مدعي
الكل لا يدعيه احد فيترك في يده والنصف الذي في يد مدعي النصف يدعيه
كل واحد منهما فمدعي الكل خارج وبينة الخارج اولى ولو برهن الخارجان على
نتاج دابة اي على انها نتجت عندهما وارخا اي ذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق
احد التاريخين قضي لمن وافق تاريخه سنها لان الحال يشهد له فيرجح وان اشكل
السن فلهما اي تكون الدابة بينهما نصفان وصار كانهما لم يذكرا تاريخا اما اذا
خالف سنها من تاريخين بطل البينتان ويترك الدابة مع ذي اليد لظهور كذب
الفريقين وذو اليد مبتدأ المستعمل خبره كمن لبس فاذا تنازعا في قميص مثلا
واحدهما لابسه دون الاخر فذو اليد اللابس وكذا اذا كان الاخر اخذ الكم القميص
مثلا واحدهما لابسه دون الاخر فذو اليد اللابس لا اخذ الكم لان تصرف
اللابس اظهر وكذا لو كان احدهما راكبا فان الراكب هو ذو اليد لا اخذ اللجام وكذا من كان
راكبا في السرج هو ذو اليد لا رديفه وكذا لو تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما كان ذو اليد
هو ذو الحمل لا من علق كوزه عليه وكذا لو تنازعا في حائط فذو اليد من اتصل الحائط
ببنائه اتصال تربيع لانهما انما يبنيان ليحيطان مع جدارين اخرين بمكان مربع او
وضع عليه اي على الحائط الجذوع فهو ذو اليد ولا اعتبار لوضع خشبات عليه
حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه خشبات وليس للاخر شيء فهو بينهما ولا يختص به
صاحب الخشبات ولو تنازعا في البساط واحدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو بينهما

حيث يكون جالس البساط والمتعلق به سواء لان الجلوس ليس بيد عليه حتى لا يصير غاصبا للبساط الغير بمجرد الجلوس عليه وكذا اى سواء من معه ثوب وطرفه مع آخر اى اذا كان الثوب فى يد رجل وطرف منه فى يد آخر تنازعا فيه فهو بينهما نصفان لان كل واحد منهما يثبت يده على هذا الثوب لان يد احدهما يثبت فى اكثره ويد الآخر تثبت فى اقله و الزيادة ليس من جنس الحجة فلا يوجب ترجيحا كما لو اقام احد المدعيين شاهدين واقام الآخر اربعا وذو بيت من دار كذى بيوت منها فى حق ساحتها فان الساحة بينهما نصفين لانهما سواء فى استعمال المساحة بالمرور ولعل المرور لصاحب القليل اكثر بان كان ولاجا خراجا

فصل فى دعوى النسب

جارية مبيعة ولدت لاقل من نصف حول مذ بيعت فادعى البائع الولد يثبت نسبه اى نسب الولد منه اى من البائع ويثبت امية الولد وينفسخ البيع ويرد الثمن والقياس ان يبطل دعواه ولا يثبت النسب اى من البائع اذا لم يصدق المشترى وبه اخذ زفر والشافعى رح لان البائع مناقض فى كلامه فان البيع اعتراف منه بانها امة فبالدعوة يصير مناقضا ولنا ان العلوق امر خفى فيعفى فيه التناقض وكون العلوق فى يد البائع دليل على انه منه اذ الظاهر عدم الزنى منهما واذا صحت الدعوى استند الى وقت العلوق فيظهر انه باع ام ولده ولو ادعاه اى البائع الولد بعد عتقها اى بعد عتق المشترى الام وقد جاءت به لاقل من نصف حول يثبت نسبه اى نسب الولد من البائع ويرد حصته من الثمن اى يرد البائع حصة الولد فانه يقسم الثمن على قيمة الام و قيمة الولد فما اصاب الولد يرد البائع الى المشترى وما اصاب الام لا يرد فان قيل ينبغى ان لا يصح اعتاق المشترى ويجب عليه رد كل الثمن فانه لما ثبت نسب الولد ظهر ان الام ام ولد البائع فلا يصح البيع وحينئذ يبطل الاعتاق و يجب عليه كل الثمن قلنا لما اعتق المشترى الام فقد حل بالام ما يمنع وهو

العتق صحت الدعوى بالنسبة اليها لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان وليس من
ضرورة ثبوت نسب الولد وحريته صيرورة الام ام ولده كولد المغرور فانه حر الاصل
ثابت النسب من المستولد وامه ليست ام ولده بل هي امة لمولاها كما في المستولد بالنكاح
يثبت النسب ولا تصير الامة ام ولده ولا يعتبر دعوة المشتري مع دعوة البائع او بعده
وعن ابرهيم النخعي دعوة المشتري اولى اما لو ادعاه المشتري اولا قبل دعوة البائع يعتبر
دعوة المشتري ولا يعتبر دعوة البائع ويثبت النسب من المشتري ويحمل على ان المشتري
نكحها اولا واستولدها ثم اشتراها وان مات الولد فادعاه البائع وقد ولدت لاقل
من نصف حول لا يعتبر دعوة البائع بعد موت الولد ولم يثبت نسبه لاستغنائه
ولم تصر الامة ام ولده لان الاستيلاد فرع نسب فاذا لم يثبت نسب لم يثبت الاستيلاد واما
ان مات الام لا الولد حي فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من نصف حول يعتبر دعوة البائع
ويثبت النسب لان الولد اصل في ثبوت النسب قال النبي عليه الصلوة والسلام اعتقها
ولدها واذا صحت الدعوى بعد موت الام فعند ابي حنيفة يرد كل الثمن وعندهما
يرد حصة الولد لا حصة الام او اعتقه اي لو اعتق المشتري الولد لا يعتبر دعوة
البائع ايضا لا في حق الام ولا في الولد لان الولد هو المقصود في ثبوت النسب
والام تبع واذا اعتق المشتري الولد فقد حل بالولد ما يمنع الدعوى فلم يصح الدعوى
في حق الولد فلا يصح في حق الام ايضا لانها تبع له نعم للبائع حق استحقاق
النسب لكن الثابت للمشتري حقيقة الاعتاق فسقط الحق بضعفه بمقابلة الحقيقة لقوتها
وكذا لا يعتبر دعوة البائع لو ولدت لاكثر من نصف حول واقل من سنتين لانه احتمل ان
العلوق لم يكن في ملكه فلم يوجد الحجة الا اذا صدقه المشتري حيث يثبت النسب ويبطل البيع ويكون
الولد حرا والام ام ولد البائع لانهما تصادقا ويحتمل ان يكون العلوق في ملكه ولو ولدت لسنتين من وقت
البيع او لاكثرهما اي زادت دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه لكن يكون هو ام ولده في نكاح

صدقه المشتري فيثبت النسب منه ويحتمل ان البائع استولدها بحكم النكاح ثم [illegible]

على الصلاح ولا يبطل البيع الولد عبد للمشتري ولا يصير الامة ام الولد للبائع كما لو ادعاه اجنبي آخر لان

بتصادقهما ان الولد من البائع لا يثبت كون العلوق في ملكه لان البائع لا يدعي ذلك كيف يدعي ولا الولد لا يبقى

في بطن لاكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع فلا يثبت حقيقة العتق للولد ولا حق العتق للام

ولا يظهر بطلان البيع

كتاب الصلح

هو في اللغة اسم بمعنى المصالحة وهي خلاف المخاصمة واصله

من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول

وشرطه ان يكون البدل اي المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته

فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوته فصالحا ان يترك

كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة

الساقط لا يفضي الى المنازعة وصح الصلح باقرار اي مع اقرار المدعى عليه وانكار اي المدعى

عليه وقال الشافعي رح لا يصح الصلح مع انكار وسكوت فالاول اي الصلح مع اقرار

كبيع اي بمنزلة البيع ان وقع الصلح عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال

بالمال بتراض ففيه اي ففي هذا الصلح يجري الشفعة اذا كان المدعى او بدل الصلح عقارا

ويجري فيه الخيارات خيار الرؤية والعيب والشرط فلو صالح عن دار او على دار

فللشفيع الشفعة ويثبت الرد بالخيارات الثلاث من المدعي والمدعى عليه في

بدل الصلح والمصالح عنه ويفسده اي الصلح جهالة البدل مثل ان يكون البدل عبدا

او دابة لان جهالة البدل مفضي الى المنازعة وما استحق من المدعي رجع المدعى

عليه على المدعي برد المدعي حصته اي حصة ما استحق من العوض وما استحق

من البدل اي المصالح عليه رجع على المدعى عليه بحصته من المدعي وان استحق الكل

رجع بالكل لانه مبادلة كالبيع وحكمه الاستحقاق هذا والصلح مع اقرار كاجارة ان وقع

عن مال بمنفعة لوجود معناها هو تمليك المنفعة بعوض كما اذا ادعى دارا ثم صالح

عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة وح يعتبر فيه ما يعتبر فى الاجارة فتشرط التوقيت
فيه ان كان البدل منفعة يعرف بالتوقيت كسكنى الدار والخدمة بخلاف ما اذا وقع الصلح
على نقل هذا الشئ من هنا الى بغداد فانه لا يشترط فيه التوقيت ويبطل الصلح بموت
احدهما اى المدعى عليه والمدعى فى المدة كما يبطل الاجارة وعند ابى يوسف ليس هذا
الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا ثم صالح عنها بسكنى دار او خدمة عبد
او ركوب هذه الدابة الى بغداد ولبس هذا الثوب شهرا ثم هلك المدعى او المدعى عليه او محل
المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح قياسا وهو قول محمد رح وقال ابو يوسف ان مات
مدعى لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه فان مات المدعى فكذلك فى خدمة العبد
وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل فى ركوب الدابة ولبس الثوب والاخران
اى الصلح مع سكوت والصلح مع انكار معاوضة بمعنى البيع والاجارة فى حق المدعى
لان الاعتبار فى العقود للمعانى وفى زعم المدعى انه ياخذه عوضا عن حقه وفداء
اليمين وقطع النزاع وخصومة فى حق المدعى عليه لان فى زعمه ان لا حق له عليه فلا
شفعة فى الصلح عن دار مع السكوت او الانكار لان المدعى عليه زعم انه يستبقى الدار
مملوكة على نفسه من هذا الصلح وبدفع المال لقطع خصومة المدعى وزعم المدعى ليس بحجة عليه
بل يجب الشفعة فى الصلح على دار لان المدعى ياخذ الدار عوضا عن حقه فى زعمه فيؤخذ بزعمه
فيجب الشفعة وما استحق من المدعى فيهما اذا وقع الصلح عن انكار او سكوت فكما مر فى الصلح
عن اقرار من ان ما استحق من المدعى يرد المدعى حصته من العوض ففى الصلح عن انكار او سكوت
اذا استحق من المدعى يرد المدعى حصته من العوض واذا استحق كل المدعى كل العوض
وخاصم المدعى مع المستحق لان ما اخذ عوضا فى زعم المدعى وبالاستحقاق فات
المعوض عنه فلزمه رد العوض وما استحق فى الصلح عن انكار وسكوت من العوض رجع
المدعى الى الدعوى اى اذا استحق بعض العوض من يد المدعى رجع الى دعوى

بحصة ما استحق من العوض وهو مصالح عنه واذا استحق كل العوض رجع الى دعوى ما استحق لان المعوض عنه فى الصلح عن انكار او سكوت هو الدعوى فاذا استحق العوض رجع بالمعوض عنه وهو المدعى ولو ادعى دارا وصالح على بعض من دار بيدعيها لم يصح الصلح والمدعى على دعواه فى الباقى لان الصلح اذا كان على بعض المدعى كان استيفاء بعض الحق واسقاطا للبعض والاسقاط لا يرد على الاعيان بل هو مخصوص بالديون هذا جواب غير ظاهر الرواية واما على ظاهر الرواية فانه يصح الصلح وفى الذخيرة رجل ادعى دارا فى يد رجل واصطلحا على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع الصلح على بيت معلوم من الدار التى وقع الدعوى فيها فكذلك الصلح جائز لان فى زعمه انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفى زعم المدعى عليه انه فداء عن يمينه وحيلته ان يزيد المدعى عليه فى البدل شيئا ليكون المدعى مستوفيا بعض حقه واخذ العوض عن البعض او يبرأ المدعى عن دعوى الباقى لان هذه براءة عن دعوى العين والبراءة عن دعوى العين صحيحة كما اذا مات واحد وترك ميراثا فبرء واحد من الورثة عن نصيبه من الميراث لا يصح لان هذه براءة عن الاعيان وذا لا يجوز وصح الصلح عن دعوى المال لانه فى معنى البيع وعن دعوى المنفعة بان ادعى فى دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث او اقربه فصالحه الوارث على شئ جاز لانه جاز اخذ العوض عن المنفعة بالاجارة فكذا بالصلح قيل يحتاج الى هذا لان الرواية محفوظة انه لو ادعى استيجار عين والمالك ينكره ثم صالح لا يجوز وعن دعوى الجناية فى النفس بان ادعى ولى القتيل ثم صالح وما دونها كالاطراف عمدا كانت الجناية لقوله تعالى فمن عفى له من اخيه شئ الاية اى من اعطى له من دم اخيه المقتول شئ بطريق الصلح او خطأ لان موجب جناية الخطأ المال فيصير الصلح بمنزلة البيع وعن دعوى الرق بان ادعى رجل انه عبده فصالحه المدعى عليه على مال اعطاه صح فان كان الصلح

مع اقراره كان عتقا في حقها حتى يثبت الولاء وان لم يكن مع اقرار يجعل في حق المدعى
عليه بدلا للمال لدفع الخصومة وفي حق المدعي كانه اعتقه على مال الا انه لا ولاء للمدعي
لعدم اقرار المدعى عليه الا ان يقيم المدعي بعد ذلك بينة فيقبل بينته على اثبات
الولاء وعن دعوى الزوج اى رجل على امرأة نكاحا فان اقرت يكون الصلح خلعا مطلقا
وان انكرت او سكتت يكون الصلح خلعا في زعم الزوج لا في زعمها حتى لا يجب عليها
العدة وان تزوجت زوجا آخر جاز في القضاء اما فيما بينها وبين الله تعالى فان علمت انها
كانت زوجة للاول لا يحل لها التزوج في عدته وان علمت انها لم تكن الزوجة للاول
حلت قالوا لا يحل للزوج اخذ البدل فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه
والظاهر ان هذا عام ولا اختصاص له بدعوى النكاح فكان الصلح عتقا بمال في دعوى
الرق وخلعا في دعوى النكاح كما ذكرنا لان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه ولم يجز
الصلح عن دعواها على الزوج النكاح هكذا ذكره في بعض نسخ مختصر القدوري وفي بعضها قال يجوز
وجه عدم الجواز ان الزوج اذا بذل لها المال لترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة
فالعوض في الفرقة لم يشرع من جانب الزوج بل من جانبها اذ لم يسلم من هذه الفرقة للزوج
شيئا وانما المرأة هي تسلم لها نفسها وتخلص من الزوج وان لم يجعل فرقة فالحال على ما كانت
عليه قبل الصلح فيكون هي على دعوها فلا يكون ما اخذت عوضا عن شئ فلا يجوز لانه رشوة
محضة من غير دفع خصومة ويلزمها رده ولا يجوز عن دعوى حد حتى لو اخذ زانيا وسارقا او
شارب الخمر فصالح المدعي بدراهم على ان يعفو عنه فان الصلح باطل ومن وكل رجلا بالصلح عنه
صح ولزم بدل صلح هو كبيع كما اذا وقع الصلح عن مال بمال من غير جنس المصالح عنه ويكون
الصلح مع اقرار على الوكيل بالصلح لانه بمنزلة البيع فيكون المطالب بالمال الوكيل دون الموكل
لان الحقوق فيه راجعة الى الوكيل وما اى بدل صلح ليس كبيع كالصلح عن دم عمد او الصلح
عن بعض دين يدعيه لزم على الموكل دون الوكيل لان الصلح في هاتين الصورتين ليس

كالبيع اما الاول فلان فيها اسقاط محض فكان الوكيل سفير محض فلا ضمان عليه واما الثاني
فلانه اخذ بعض الحق واسقط الباقي فيرجع الحقوق الى الموكل وان صالح عن رجل فضولي
بغير امره فهذا على وجوه ان صالح بمال وضمن البدل تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه
البراءة وصح الفضولي ان يكون اصلا في الضمان اذا اضاف الضمان الى نفسه او اضاف
الصلح الى ماله بان قال صالحتك على الفي هذا او عبدي هذا او اشار الى نقد او عرض
بان قال صالحتك على هذا الالف او على هذا الثوب من غير ان ينسبهما الى نفسه فالصلح
واقع عن الفضولي وتم ولزم تسليم المال اليه او اطلق المال بان قال صالحتك على الف درهم
ونقد المال وسلم صح وتم وان اطلق المال ولم ينقد فالصلح موقوف ان اجازه المدعى
عليه صح الصلح ولزم المال على المدعى عليه والا اي وان لم يجز المدعى عليه ذلك الصلح
رد وبطل هذا اختيار بعض المشائخ وقال بعضهم بل ينفذ الصلح على المصالح
وصلحه على بعض جنس ماله عليه كما اذا كان لرجل على آخر الف درهم
فصالحه على خمسمائة مثلا اخذ بعض حقه وحط الباقية فكأنه ابرأ عن
بعض حقه بان قال صالحتك عن الالف على خمسمائة ولم يقل ابرأتك عن
الباقي جاز ويبرأ المطلوب عن الباقي لا معاوضة اذ لا يمكن جعله معاوضة
لما فيه من الربوا لان بعض الشيء لا يصلح عوضا للكل وتصرف العاقل تصحيح ما امكن
فيجعل اسقاطا فصح الصلح عن الالف حال على مائة حالة فيجعل اسقاطا لما فوق
المائة وعن الف حال على الف مؤجل فيجعل اسقاطا لوصف الحلول او عن الف
جياد على مائة زيوف فيجعل اسقاطا لما فوق المائة بوصف الجودة في المائة
فلو يصح الصلح عن دراهم على دنانير مؤجلة الى شهر مثلا لان الدنانير
غير مستحقة فلا يمكن حمله على تاخير حقه فيجعل معاوضة فيكون بيع
صرف وبيع الدراهم بالدنانير ولا يصح او عن الف مؤجل على نصفه حالا

لانه جعل وصف الحلول في مقابلة خمسمائة فكان اعتياضا عن الاجل وهو حرام او عن
الف سود على نصفه بيضاء لانه يكون معاوضة الف سود بخمسمائة وزيادة وصف فكان
ربوا ومن عليه دين وامر باداء نصف دين عليه غدا على انه بريء مما زاد ان قبل وفعل برى
من النصف الاخر وان لم يف ولم يؤد الخمسمائة غدا عاد دينه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ومحمد وعند ابي يوسف رح لا يعود دينه لان البراءة حصل مطلقا فيثبت
البراءة مطلقة وهذا لانه لم يذكر للابراء عوضا سوى النقد في الغد وهو لا يصلح
عوضا لانه كان واجبا عليه للطالب قبل الصلح فلا يصلح عوضا في الصلح واذا لم يصلح
عوضا كان ذكره والعدم بمنزلة واحدة فكان الابراء حاصلا مطلقا فلا يعود دينه
ولهما ان الابراء مقيد بشرط مرغوب فيتعلق بسلامته ويفوت بفواته وهذا لانه
ابراء بتعجيل خمسمائة واداءها غدا ولعل له رغبة في ذلك خوفا من افلاسه وقوله على انه
بريء خرج مخرج الاعواض ولكنه لا يصلح عوضا فيحمل على الشرط لان على يجيء للشرط ولا يقال
كلمة على دخلت على البراءة بمنزلة دخولها على الاداء شرطا للبراءة لانا نقول دخولها على البراءة بمنزلة
دخولها على الحكم المقابلة الثانية بينهما وعدم انفكاك كل واحد منهما عن الاخر فانه ما رضي بالبراءة
مطلقا بل براءة على تقدير خمسمائة فصارت البراءة مشروطة بالاول ولو علق البراءة بشرط
صريحا كان اديت او اذا اديت او متى اديت الي كذا من الدين فانت بريء من الباقي
لا يصح الابراء لتعلقه بالشرط الصريح وتعليق البراءة بالشرط الصريح باطل كقوله
ان دخلت الدار فانت بريء لان الابراء اسقاط حتى لا يتوقف على القبول
وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتعليق التمليك بالشرط كالبيع ونحوه لا يجوز
وتعليق الاسقاط بالشرط كالاعتاق والطلاق جائز ففي الابراء المشتمل على المعنيين
قلنا يصح اذا لم يصرح بالشرط ولا يصح اذا صرح به عملا بالشبهتين ولو كان الدين
مشتركا بين الشريكين بان يكون واجبا بسبب واحد كثمن المبيع اذا كان

البيع صفقة واحدة مثل ان جمع اثنان فى عبدين لكل واحد منهما عبد وباعاهما صفقة واحدة فيكون الثمن دينا مشتركا بينهما وكان الدين لمورث بينهما بان مات مورثهما وله دين على رجل فورثاه وكقيمة المستهلك المشترك ولو صالح احدهما فى دين مشترك من نصفه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع شريكه غريمه بنصفه اى نصف الدين او اخذ نصف الثوب من شريكه واصله ان الدين المشترك اذا قبض احدهما منه فلصاحبه الخيار ان شاء شركه فى عين المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ العين خير من الدين لان الدين ليس بمال فى الاصل وانما يصير مالا باعتبار المال وهو المقبض وهذه قبل وهذه الزيادة مستندة الى اصل الحق واصل الحق كان مشتركا فكذا الزيادة فكان له ان يشاركه فى المقبوض ولكنه المشاركة باق على الملك القابض لان حق الشريك فى الدين والمقبوض عين والعين غير الدين وقد قبضه بدلا عن حقه فيملك حتى ينفذ تصرفه فيه هبة وقضاء دين غريمه ويضمن لشريكه حصته اذا ثبت هذا فنقول فى مسئلة الكتاب الشريك بالخيار ان شاء يتبع الغريم بنصف الدين لانه كان عليه ولم يستوفه فيبقى فى الذمة وان شاء اخذ نصف الثوب لان الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع وقيل المسئلة بالمصالحة لانه اذ اشترى احدهما بنصفه سلعة لم يشركه الآخر فيها ووضع المسئلة فى الدين لان فى العين بين الشريكين اذا صالح احدهما من نصيبه على شئ لم يشرك الآخر فيه

كتاب الحدود

الحد فى اللغة المنع ومنه سمى البواب حدا لمنعه الناس عن الدخول وسميت عقوبة الجانى حدا لانها تمنع عن المعاودة وارتكاب سببها وفى الشريعة عقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى خاصة فلا يكون تعزير حدا لعدم التقدير لانه مفوض الى رأى القاضى ولا قصاص حدا لانه حق العبد وهو ولى القصاص

واعلم ان بعض الاحكام حقوق الله تعالى خاصة وهي عبادات خالصة كالايمان والصلوة
والزكوة والصوم والحج والجهاد وعقوبات خالصة كالحدود لانها شرعت لمصلحة تعود الى كافة
الناس فالله تعالى شرع حد الزنا لصيانة فراش المسلمين عن الفساد وشرع حد الشرب لصيانة
عقولهم وشرع حد القذف لصيانة اعراضهم وشرع حد السرقة لصيانة اموالهم والزنى
وطي الرجل في قبل خال عن الملك اي ملك النكاح وملك اليمين وشبهته اي شبهة
الملك لمعتدة البائن او الثلاث اوامة ابن الواطي كما سيجيء ويثبت الزنى عند الامام
بشهادة اربعة بالزنى صريحا لا بالوطي وجماع فيسالهم الامام عن الزنى ماهو وانما يسال عن
الماهية لان من الناس يعتقد ان كل وطي حرام زنى ولان الشارع اطلق الزنى على
غير هذا الفعل نحو العينان تزنيان وزناهما النظر ويسال كيف هو قيل
انما يسال عن الكيفية للاحتراز عن التماس الفرجين من غير ايلاج وقيل
للاحتراز عن صورة الاكراه ويسالهم من ابن زنى للاحتراز عن الزنى في دار
الحرب او البغي فهو لا يجب الحد ويسال متى زنى للاحتراز ان يكون العهد
متقادما فان حد الزنى لا يقام بعد تقادم العهد ويسال بمن زنى للاحتراز
ان يكون له نكاح او شبهة نكاح مع المفعول بها فان بينوا ذلك وقالوا
رأيناه وطيها في فرجها كالميل في المكحلة يسال الامام عنهم وعدلوا سرا وعلنا
على ما سيجيء في الشهادة حكم به اي بحد الزنى ويثبت الزنى باقراره اي باقرار
الزاني العاقل البالغ على نفسه بصريح الزنى اربعا في اربعة
مجالس من مجالس المقر وقال ابن ابي ليلى يقام الحد بالاقرار
اربع مرات وان كان في مجلس واحد وقال الشافعي رح يحد بالاقرار
مرة واحدة يرده الامام كل مرة بان يقول ابلك خبل ابك جنون
ويزجره من الاقرار ويظهر الكراهة ويامر بتنحيه فيذهب حيث لا

يراه الامام ثم يجئ فيقر فاذا تم اقراره اربع مرات فيسأله من الزنا كما مر اى ماهو وكيف هو
واين زنى ومتى زنى وبمن زنى وقيل لا يسال من متى زنى هنا لان التقادم يمنع
الشهادة دون الاقرار والاصح انه يسال لجواز انه زنى فى صباه فان بين الامور المذكورة
حبّ للامام تلقينه رجوعه عن الاقرار بلعلك لمست ونحوه كلعلك قبلت او تزوجتها او
وطئتها بشبهة فان رجع المقر قبل اقامة حده او فى وسطه قبل رجوعه خلى سبيله وقال
الشافعى رح وقول ابن ابى ليلى يقيم الحد عليه والا يرجع حد وهو اى الحد للمحصن اى لحر مكلف
عاقل بالغ مسلم وطى امرأة بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان اى الامور التى يثبت به الاحصان
عند الوطى كانت حاصلة قبل هذا الوطى فاذا وجد الوطى تم جميع ما يثبت به الاحصان
رجمه خبر لقوله هو فى فضاء حتى يموت يبدأ به اى بالرجم شهوده وقال ابو يوسف رح
فى رواية والشافعى رح لا يشترط بداية الشهود فان ابوا اى الشهود كلهم او بعضهم عن الابتداء
او غابوا او ماتوا سقط الحد عند ابى حنيفة ومحمد وهو رواية عن ابى يوسف ثم يرجم الامام ثم
يرجم الناس و فى الزانى المقر يبدأ الامام ثم يرجم الناس وغسل وكفن وصلى عليه بعد ما رجم
والحد لغير المحصن جلد مائة وسطا بين المبرح وغير المولم بسوط لا ثمرة له اى ثمرة السوط
عذبه وذنبه وطرفه وقيل ثمرة السوط عقد اطرافها والاول اصح وينزع عنه ثيابه
لان النزاع ابلغ فى وصول الالم اليه الا الازار لان فى نزعه كشف العورة ويفرق
الضرب على بدنه لانه لما وصلت لذات قضاء الشهوة الى كل البدن فليصل الم الضرب
الى الكل وقال الشافعى رح يختص به الظهر الا رأسه ووجهه وفرجه وقال ابو يوسف
رحمه الله تعالى آخرا يضرب الرأس ايضا سوطا قائما فى كل حد لان مبنى الحد
على التشهير والقيام ابلغ فى ذلك بلا مد المراد ان الجلاد لا يمد يده فوق رأسه
وقيل المراد انه بعد ما اوقع السوط على بدن المجلود لا يمده وقيل ان
يطرح على الوجه ويمد جلاده وكل ذلك لا يفعل وللعبد نصفها اى النصف

المائة ولا يحد سيده عبده او امته بلا اذن الامام وقال الشافعي رح ان يقيم الحد الذي
هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه واقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفي
القذف والقصاص له وجهان ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو ليصل الالم الى بدنها وتحد المرأة
جالسة لان مبنى حالها على الستر وجاز الحفر لها لانه استر لها وربما يضطرب اذا مسها
الحجارة فيبدو عورتها وان ترك الحفر لا يضر ولا يجوز له الحفر لان مبنى حاله على التشهير
ولا جمع بين رجم وجلد في المحصن وعند اصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم ولا جمع بين جلد
ونفي وقال الشافعي رح يجمع بينهما حدا فيجلد مائة ويغرب سنة الا سياسة بان رأى الامام
في ذلك مصلحة فيغرب بقدر ما يرى وذلك تعزير لا حد ولا يختص بالزنا بل يجوز في
كل جناية والرأي فيه للامام وان زنى المريض وحده الرجم يرجم المريض وان كان حده
الجلد لا يجلد الا بعد البرء لان الجلد في المرض ربما يقع مهلكا وترجم الحامل بعد الوضع
وعند ابي حنيفة انه يؤخر الى ان يستغني الولد عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته
وان كان حدها الجلد تجلد بعد النفاس لان النفاس نوع مرض فينتظر البرء منه
ويدرء الحد بالشبهة وهو ما يشبه الثابت وليس بثابت وهو انواع شبهة في الفعل اي
ظن غير دليل الحل دليلا وهي يتحقق في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه
كامة ابويه وكذا امة جده وان علا وامة زوجته فلا يحد ان ظن انها تحل وان
قال علمت انها حرام حد وان ادعى احدهما ظن ولم يدع الاخر ذلك لم يحد حتى
انهما علما بالحرمة وروى الحسن رحمه الله تعالى عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى
ان الجارية ان ادعت الحل ولم يدع الفحل حدا فاتصال الاملاك بين الاصول والفروع قد
يوهم ان للابن ولاية وطئ جارية الاب وغنى الزوج بمال الزوجة مستفاد من قوله تعالى ووجدك
عائلا فاغنى اي بمال خديجة رضي الله عنها يورث شبهة كون مال الزوجة ملك الزوج
وشبهة في المحل اي بقيام دليل ناف للحرمة ذاتا اي بالنظر الى ذات الدليل فان

الدليل هنا نفى الحرمة بالذات اى لو نظر الى الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون منافيا
للحرمة بخلاف الشبهة فى الفعل فانه ليس هناك دليل بل ظن غير الدليل دليلا كامة ابنه
وللاب حق فى مال الولد لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك وفى معتدة الكنايات
بان قال لها انت بائن او على حرام او بتة او غير ذلك من الكنايات ثم جامعها فى عدتها
لاحد عليه لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى وقوع البينونة بهذه الالفاظ فبقى
شبهة قيام النكاح والامة المبيعة قبل التسليم فان وطيها البائع لاحد عليه لانها
فى ضمانه ويده والملك فان زال لكن شبهة الملك باق بدليل انها لو هلكت فى يد
البائع ينقض البيع ويعود الى قديم ملك البائع فلا يحد فى هذه الصور وان اقر بالحرمة
لقيام الدليل نظرا الى ذاته وحد بوطى امة اخيه او عمه وسائر محارمه سوى الولاد
وان قال ظننت انها تحل لان ظنه لم يستند الى دليل وبوطى امرأة اجنبية وجدها
فى فراشه فوطيها وان قال حسبتها امرأتى لانه بعد امتداد العهد وطول الصحبة لاتشتبه
عليه امرأته وان هو اعمى لانه يقدر على التمييز بالحركات والهيئات لا يحد ان زفت
اليه غير زوجته وقلن اى النساء هى زوجتك لانه اعتمد دليلا معتبرا وهو الاخبار
فى موضع الاشتباه اذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها فى اول الوهلة ولا يحد الخليفة
اى الامام الذى ليس فوقه امام فانه لو زنى او سرق او شرب او قذف فلا يحد
ولا يوخذ لان الحد حق الله تعالى والخليفة هو المكلف باقامته على نفسه
وان قتل انسانا يقتص لان حق استيفاء القصاص للولى فيكون الخليفة كغيره
وكذا يوخذ الخليفة بالمال ان اتلفه فان من له الحق وهو المالك
او الوارث

فصل فى حد القذف والشرب

من قذف رجلا محصنا او امرأة محصنة اى حرا مكلفا محصنا عفيفا عن الزنا
فان الاحصان فى حد الزنا شرط فيه الوطى بنكاح صحيح بخلاف الاحصان فى حد

القذف بصريحه اى بصريح الزنى كزنيت مثلا واحترز به عما اذا كان القذف بطريق
الكناية بان قال لرجل محصن يا زانى فقال الآخر صدقت لم يحد المصدق او بلست لابيك
وهذا اذا كانت امه محصنة لانه قذف امه حقيقة او لست بابن فلان وهو ابوه
المعروف الذى يدعى له حد خبر لقوله من قذف ثمانين سوطا ان كان القاذف حرا وشرط
مطالبة المقذوف كحد الشرب فان الصحابة رضى الله عنهم تشاوروا فى حد
الشرب فقال كل واحد منهم ما بدا له فقال على رضى الله تعالى عنه اذا سكر
هذى واذا هذى افترى وحد المفترى فى كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوه
واتفقوا على ذلك فكان اجماعا وقال الشافعى رح حد الشرب اربعون سوطا وحق الطلب
بقذف الميت للوالد والجد وان علا والولد وولده وان سفل ولو كان الولد محروما
من الارث كولد الولد مع وجود الولد والكافر والعبد خلافا لزفر رح وكالقاتل ويثبت
لولد بنت كما يثبت لولد ابن خلافا لمحمد رح وعند الشافعى رح حق الطلب لكل وارث
لان حد القذف يورث عنده وعندنا لا يورث بل يثبت لمن يلحق به عار بنفى النسب ولا يطالب
احد سيده ولا اباه بقذف امه المحصنة اى ان قذف السيد ام عبده ليس للعبد مطالبة الحد
من سيده وكذا ان قذف الاب ام ابنه ليس للابن مطالبة من الاب ولو كان لها ابن
من غيره له ان يطالب وليس له لا يجرى فيه اى فى حد القذف ارث فان مات المقذوف
بطل الحد عندنا وعند الشافعى رح يجرى فيه الارث ولا يبطل بموت المقذوف وكذا لا يجرى
فيه عفو ولا عوض واصل المسئلة بان حد القذف مشتمل على حق الله تعالى
وحق العبد اتفاقا فمن حيث انه شرع لصيانة عرض العبد وشرط فيه الدعوى
لقبول الشهادة ولا يبطل بالتقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار حق العبد ومن حيث انه
سمى حدا والحدود شرعت زواجر حق الله تعالى فلا يباح القذف باباحة العبد و
يستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا ويتنصف بالرق والعقوبات الواجبة

يتنصف بالرق الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد فيه تقديما لحقه على الشرع لحاجة العبد وغناء الشرع ونحن ملنا الى تغليب حق الشرع لان حق العبد يصير مرعيا باعتبار حق الشرع ولا يصير مرعيا باعتبار حق العبد اذ لا ولاية له في استيفاء حق الشرع فيخرج على هذا الاصل الفروع المختلفة منها الارث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فلا يصح عفو المقذوف عندنا وعنده يصح وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومنها انه لا يجوز عندنا وعنده يجوز وفي قوله لاخر يا زاني فقال الاخر لا بل انت حدا لان كل واحد منهما قذف صاحبه اما الاول فظاهر فكذا الثاني لان معناه بل انت زان ولو قال رجل لعرسه يا زانية فقالت لا بل انت حدت العرس لانها قذفت الزوج فتحد وينبغي ان يجب اللعان لان قذف الرجل امرأته يوجب اللعان ولكن لا لعان لانها لما حدت لم تبق اهلا للعان اذ اللعان لا يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها وان قالت العرس في جواب قول الزوج يا زانية زنيت بك هدر اي لا يجب الحد واللعان لان قول المرأة يحتمل ان يكون تصديقا له يعني زنيت بك قبل النكاح ويحتمل ان يكون ردا يعني ان مني زنى فهو ليس الا بتمكيني اياك لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة لانه اغضبها واذاها فهي تغضبه وتؤذيه فلا يكون لها دعوى اللعان لاحتمال المعنى الاول ولا حد عليها لاحتمال المعنى الثاني

فصل

من اخذ متلبسا بريح الخمر او سكران زائل العقل بحيث سلب عنه التمييز بين شيء وشيء فلا يعقل الرجل من النساء والارض من السماء وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا رح هو من يهذي ويختلط جده وهزله وهذا في غير الخمر وفي الخمر يحد بشرب قطرة ببينة واقر به اي بشرب الخمر او بالسكر بالنبيذ مرة وعن ابي يوسف رح انه يشترط الاقرار مرتين صاحيا فان اقر في حال السكر لا يحد او شهد به رجلان ولا يقبل فيها شهادة النساء مع الرجال وعلم شربه طوعا فان شرب مكرها لا يوجب الحد يحد صاحيا ولا يحد حتى يزول عنه السكر

او اقر مرة من قول ابي يوسف رح فانه يشترط الاقرار مرتين اعتبارا بالشهادة كما في الزنا قلنا ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ١٢

لانه لا يتالم في حال السكر لا يحد بمجرد الريح بلا اقرار وشهادة ولان وجود ريح الخمر
لا يصلح دليلا على الشرب فقد يتكلف لزوال الريح مع بقاء الخمر في البطن وقد يوجد
رائحة الخمر من غير الخمر فان من استكثر باكل السفرجل يوجد منه رائحة الخمر او بمجرد
التقيئ فان علم الشرب بان تقيا الخمر لا يحد بلا اقرار وشهادة او بمجرد السكر لان السكر
من المباح كلبن الرماك لا يوجب الحد ولا ان رجع عن الاقرار لانه حق الله تعالى
يعمل فيه الرجوع ومن شهد بحد متقادم قريبا من امام بان يكون مكان الشاهد
قريبا من امامه بحيث يقدر على اداء الشهادة بغير تاخير حتى لو كان الشاهد
بعيدا تقبل شهادته رد قوله ولم يقبل شهادته لان الاقدام على اداء الشاهد بعد التاخير
والستر يحتمل ان يكون العداوة وعند الشافعي رح تقبل الا في حد قذف لان فيه حق
العبد وهو لا يسقط بالتقادم وان شهد بالسرقة المتقادمة ضمن السارق السرقة
وان لم يقطع بره لان المال حق العبد وهو لا يسقط بالتقادم وان اقر به اي بالحد
المتقادم حد لانه لا تهمة في الاقرار وهو اي التقادم للشرب بزوال الريح عند ابيحنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وبغيره اي بغير الشرب كالزنى والقذف والسرقة
بمضي شهر هو الاصح وقيل بمضي ستة اشهر وعن ابيحنيفة رح انه لم يقدر
في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعند محمد التقادم للشرب ايضا
بمضي شهر وان شهد الشهود بزنا رجل بفلانة وهي غائبة حد الرجل وان شهدوا
بسرقة من غائب لا يحد السارق لان بالغيبة يفوت الدعوى وهي شرط لان
الشهادة على السرقة شهادة بملك المسروق فلا يقبل بدون الدعوى وليست الدعوى
شرط لثبوت الزنى عند القاضي ونصف حد العبد المراد به الجلد وانما نصف لمكان
الرق المنقص للكرامات والعقوبات اذ الجناية عند وفور
النعمة وكفى اصل الجنايات اتحد جنسا اي ان قذف مرات او زنى مرات او شرب

مرات فحد مرة فهو لذلك كله خلافا للشافعي رح بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب
فانه يجب لكل واحد حد على حدة واكثر التعزير هو تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد و
الردع تسعة وثلثون سوطا وقال ابو يوسف رح في رواية يبلغ التعزير سبعة وثلثين
وفي رواية تسعة وسبعين والاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام من بلغ حدا في
غير حد فهو من المعتدين اي من اتى حدا في موضع لا يجب الحد فهو من المعتدين ثم ابو حنيفة
اعتبر ادنى حد العبد وهو اربعين فينقص منه سوطا وابو يوسف رح يعتبر حد
الاحرار وهو ثمانون للقذف فينقص منه سوطا في رواية وهو قول زفر رح وفي
رواية نقص خمسة وقول محمد مضطرب في بعض الكتب مع ابيحنيفة رح
وفي بعضها مع ابي يوسف واقله ثلثة جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر
وذكر بعض المشائخ ان ادناه مفوض الى راى الامام وعن ابي يوسف رح ان
التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب
القبلة واللمس من حد الزنى والقذف بغير الزنى من حد القذف وعنه انه يجوز
التعزير باخذ المال وصح حبسه مع الضرب لان الحبس صلح تعزيرا حتى جاز الاكتفاء به
فجاز ان يضم اليه وضربه اي التعزير اشد لانه جرى فيه التخفيف من حيث نقصان العدد فلو جرى
فيه التخفيف من حيث الخفة لفات المقصود وهو الزجر ثم للزنا اشد ثم للشرب لان حرمة
الزنى لا تنكشف بحال من الاحوال وحرمة الخمر تنكشف بالضرورة والاكراه ولهذا كان الزنا
في كل الاديان حراما بخلاف شرب الخمر ثم للقذف لان جناية الشرب مقطوع بها وجناية القذف
لاحتمال ان يكون القاذف صادقا في قذفه ولان شارب الخمر قلما يخلو من القذف فيصير كل
شارب جامعا بين الشرب والقذف فيتحقق منه جنايتان ومن القاذف جناية واحدة
كان ضربه اخف وان كان منصوصا عليه وهو اي التعزير بقذف مملوك عبد او امة او ام
ولد او كافر بزنى لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لانعدام الاحصان

فوجب التعزير بقذف مسلم بيا فاسق وهو ليس بفاسق ويا كافر يا سارق وهو ليس
هو ليس بسارق ويا مخنث المخنث ما يدل على تكسر ولين وامثاله مثل يا خائن يا لوطي يا ابن
القحبة وغير ذلك مما يعد عارا وعيبا في العرف لا يعزر بيا حمار فانه يراد به معناه المجازي
اي البليد مثلا فهو امر خلقي وكذا القرد ويراد به قبيح الصورة والكلب يراد به سيء الخلق ففي
امثال ذلك لا تعزير وقيل الا ان يقال لعالم او علوي او رجل صالح ممن هو شريف النسب
فانهم اهل الكرامة فيعزر بها لانهم بخلاف الاراذل فانهم لا يبالون في امثال ذلك ومن
حد او عزر فمات هدر دمه لانه مامور بالحد والتعزير فانتقل فعله الى الامام وهو الله تعالى
فصار كان الله تعالى اماته بلا واسطة وقال الشافعي رح يجب الدية في بيت المال وان
عزر زوج عرسه فماتت لا يكون هدرا لانه ليس بمامور بذلك بل ذلك مباح له والمباحات
تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق **كتاب السرقة** هي في اللغة اخذ شيء
من الغير خفية واستترا اي شيء كان وفي الشريعة اخذ مكلف اي عاقل بالغ خفية
قدر عشرة دراهم مضروبة من فضة فلو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة
لا يجب القطع وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان المضروب وغير المضروب سواء وعند الشافعي رح
ربع دينار ذهب وعند مالك رح ثلثة دراهم وعند الحسن درهم وعند اصحاب الظواهر
المال غير مقدر بل السرقة تتحقق في القليل والكثير مملوكا فان اخذ المباح سمي اصطيادا
او احتطابا لا سرقة محرزا فما لا يكون محرزا لا يكون اخذه سرقة بلا شبهة احتراز عما
يكون في الحرز شبهة كما اذا سرق من بيت ذي رحم بمكان مثل بيت ودار وصندوق
وحافظ كجالس في الطريق او مسجد وعنده مال فان اقر بها اي بالسرقة مرة هذا
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف رح لا يقطع ما لم يقر مرتين وعنه انه شرط اقرارين
في مجلسين مختلفين او شهد رجلان وسالهما الامام او القاضي ما هي اي السرقة فانها يطلق
على اشياء فان من يستمع كلام الغير سرا او لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقا ايضا وكما يبينهم

انه

انه لا يحتاج الى الخفية كما في السرقة الكبرى اي قطع الطريق وكيف هي فيقول كيف كانت
هذه السرقة وانما يسال عن ذلك لجواز ذلك انه نقب البيت او دخل يده واخرج المتاع ففي هذا الوجه
لا يقطع عند ابي حنيفة ومحمد رح ومتى هي وانما يسأل عن ذلك لجواز انه تقادم العهد وهو مانع
للقطع وقدره بمضي الشهر كما بينا واين هي وانما يسال عن ذلك لجواز انه سرق من غير الحرز
او دار الحرب وكم سرق وانما يسال عن ذلك ان المسروق نصاب ام لا وممن سرق وانما يسال عن ذلك
ان المسروق من بعض الناس كذي رحم محرم لا يوجب القطع فان قيل لا احتياج الى هذا السؤال لان المسروق
منه حاضر يخاصم والشهود يشهدون بالسرقة منه قلنا يحتمل ان يكون المسروق منه ذي رحم محرم من السارق
والشهود لم يعلموا بذلك فينبغي ان يسال الامام وانما يسالهم الامام عن هذه الاشياء احتيالا كما
في الحدود وبيناها اي الشاهدان هذه الامور قطع جزاء لقوله فان اقر فان شارك في السرقة جمع
واصاب كلا منهم قدر نصاب السرقة اي عشرة دراهم قطعوا وعند مالك رح ان سرق جماعة ثلثة
دراهم قطعوا وان اخذ بعضهم المتاع وخرج به اي مع ان الاخذ صدر من بعضهم فقط
قطع الجميع والقياس ان يقطع الاخذ وحده وهو قول زفر رح ونحن نقول ان الاخذ انما
يخرج المتاع بقوتهم فصاروا مخرجين اخذين معنى لا يقطع بتافه اي خسيس يوجد
مباحا في ديارنا غير مرغوب فيه كخشب وحشيش وسمك وصيد وقال الشافعي يقطع بسرقة
كل ما يبلغ قيمته نصابا الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن ابي حنيفة رح ولنا قول
عائشة رضي الله تعالى عنها كان اليد لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم في الشئ التافه او شئ مما يفسد سريعا لا يصلح للادخار والامساك كاللبن
واللحم وفاكهة رطبة وثمر على شجر وبطيخ الاصل فيه قوله عليه الصلوة والسلام لا يقطع في
ثمر والمراد به ثمار رطبة اجماعا لانه يسارع اليه الفساد وكذا لا يقطع عندنا اذا سرق الثمار عن
رؤس الاشجار وان صارت تمرا ويبقى وزرع لم يحصد وان كان عليه حوائط لان
الاحراز قبل الاحصاد لا يتم فان الزرع يترك للنبات لا للاحراز و

بسبب لا يتجزى وهو ازهاق الروح فينسب الى جميعهم بخلاف السرقة ١٢ تبيين الحقائق

كالجوز واللوز لعدم الاحراز وانما قيد بالشجر لانه لو كان في الحرز قطع كما في المضمرات لكن في النظم لو سرق تمرا من الحرز قطع بخلاف غيره من الثمار فانه لم يقطع لانه يفسد سريعا ١٢ قهستاني

وفيه اشعار بانه لو حصد وجمع في بيدر قطع لانه صار محرزا والمراد الواحد المنطة من السنبل لم يقطع كما في الواقعات ١٢ نقاية الرواية

اشربة مطربة اى مسكرة لان الشارب ان كان حلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان
كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فان للعلماء فى تقومها اختلافا
ومال السرقة يجب ان يكون مالا متقوما اجماعا ولا الات لهو كالنرد والشطرنج وان كان
من ذهب والطنبور وما اشبه ذلك من الملاهى لان للاخذ ان يتاول اخذها
للكسر وصليب من ذهب هو شئ مثلث كالتمثال تعبده النصارى وعن ابى يوسف
انه ان كان الصليب فى مصلى النصارى لا يقطع لعدم الحرز وان كان فى بيت
اخر يقطع وباب مسجد لانه ليس بحرز ومصحف لان اخذه يتاول للقراءة
والنظر فيه لازالة اشكال وقع والقطع لا يجب مع الشبهة وفيه خلاف للشافعى
وابى يوسف رح وصبى حر لانه ليس بمال ولو كان المصحف والصبى الحر محليين
لان الحلية تبع لهما وعن ابى يوسف رح ان بلغ حليته نصابا يقطع وعبد
لانه خداع لا سرقة الا العبد الصغير الذى لا يعبر عن نفسه لانه مال
مطلق كسائر الاموال وقال ابو يوسف رح لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل و
دفتر لان المقصود ما فيه وهو ليس بمال ولان الدفتر ان كان شرعيا ككتب التفسير
والحديث والفقه فهى كالمصحف وان كان شيئا مكروها فهو كالطنبور الا دفتر
الحساب والمراد ما مضى حسابه لان ما فيه لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكاغذ
فيقطع ان بلغ نصابا واختلفوا فى كتب الادب فقيل هو ملحق بدفتر الحساب وقيل
بكتب التفسير والفقه لان معرفتها يتوقف عليها ولا فى فهد وكلب لانهما
يوجدان مباح الاصل وخيانة كما اذا خان فى الوديعة او
دخل البيت بلا اذن ونهب وهو ان ياخذ الشئ على وجه العلانية قهرا من
ظاهر بلدة او قرية ونبش هو اخراج الشئ المدفون ومنه النباش الذى ينبش القبر لقوله
عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة اهل المدينة وقال ابو يوسف والشافعى

عليه القطع ومال عامة كمال بيت المال لانه مال المسلمين وهو منهم ومال للسارق
فيه شركة لان الشركة يورث الشبهة ومثل حقه حالا او موجلا اي من كان له على الاخر دراهم مثلا
حالة او مؤجلة فسرق مثلها منه لم يقطع لان لرب الدين ان يستوفي جنس حقه اذا ظفر به
ولو كان زيدا اي اذا سرق زيادة على دينه لم يقطع ايضا لانه يصير كالشريك في المسروق بقدر حقه وان سرق
خلاف جنس حقه يقطع لانه لا يباح له الاخذ وعن ابي يوسف انه لا يقطع وان كان دينه دراهم فسرق دنانير
المديون فالصحيح انه لا يقطع لان النقود جنس واحد حكما وما قطع فيه فسرق وهو بحاله اي من سرق
علينا فقطع فيه ثم ردها الى مالكها ثم عاد فسرقها ثانيا والحال انه لم يتغير عن حالها لم يقطع وعن ابي يوسف
والشافعي يقطع لقوله عليه الصلوة والسلام فان عاد فاقطعوه ولنا ان القطع يقتضي سقوط عصمة
المحل حقا للعبد لان القطع حق الله تعالى لكونه جزاء وكل ما هو جزاء فهو خالص حق الله تعالى
كما قال الله تعالى جزاء بما كسبا نكالا من الله ومن ضرورته تحويل العصمة الى الله تعالى
وسقوط العصمة من جهة العبد بالرد على المالك ان عادت العصمة بقي شبهة سقوطها
فلا يقطع ولو تغيرت عن حالها بان سرق غزلا فقطع فرده ثم نسج فسرق ثانيا قطع لتبدل
العين ومال ذي رحم محرم من بينه واما في الولاد فلا خلاف فيه لان البعضية توجب المبسوطة
في مال والا خلاف في الحرز ففيما عدا الولاد خلاف للشافعي فعنده هذه القرابة ملحقة ببني الاعمام
وعندنا بالولاد لان الدخول على هؤلاء جائز كما في الولاد فاختل الحرز ولو سرق مال
الغير من بيت ذي رحم محرم لا يقطع لعدم الحرز ولو سرق مال ذي رحم محرم من بيت غيره
يقطع لتحقق الحرز ولو سرق من امه رضاعا يقطع وعن ابي يوسف رح اذا سرق من امه
رضاعا لا يقطع لانه يدخل عليها بلا استيذان عادة بخلاف اخته رضاعا ولا من زوج ولا
عرس فان احد الزوجين اذا سرق مال الاخر لا يقطع وقال الشافعي يقطع وقال مالك ان سرق من بيت
سوى البيت الذي هما فيه يقطع ولا من سيده وعرسه اي عرس سيده ولا من سيدته وزوج
سيدته لثبوت الاذن بالدخول عادة فاختل الحرز ولا من مكاتبه لان للمالك في

مكاسب مكاتبه حقا ولا ان سرق الضيف من مضيفه لاختلال الحرز بالاذن بالدخول ولا
من مغنم لما روى ان عليا رضى الله تعالى عنه انه اتى برجل سرق من المغنم فدرء عن الحد
فقال ان له فيه نصيبا وحمام وبيت اذن للناس فى دخوله فيه لاختلال الحرز ويدخل فى ذلك حوانيت
التجار والخانات وعن ابى حنيفة رح ان سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع وعندهما لا يقطع وهو ظاهر
المذهب وعليه الفتوى والاصل فى ذلك ان الحرز معتبر لتحقق السرقة ثم المال يكون محرزا بالمكان
تارة وهو كل مكان اعد لحفظ الامتعة فيه كالدور والبيوت والصناديق والخيام ويكون محرزا
بالحافظ تارة كمن جلس فى الصحراء وفى الطريق وعنده متاع فهو محرز محفوظ به لان هذه
المواضع ليست بحرز فصار المال فيها محرزا بالحافظ وفيما يكون محرزا بالمكان لا يعتبر الاحراز
بالحافظ اذ الحفظ بالمكان فوق الحرز فى الحافظ فان سرق فى الحمام شيئا وله حافظ فلا قطع
لان الحمام حرز وقد اختل بالاذن بالدخول فيه ولا اعتبار بالحافظ فيه فلا قطع
وهذا بخلاف الحافظ فى المسجد فانه يقطع فيه لان المسجد ليس بحرز لانه ما بنى للاحراز
فاعتبر بالحافظ ولا ان سرق شيئا ولم يخرجه من الدار لان تمامه باخراج المال من الحرز والدار
كلها حرز واحد وهذا اذا كان الدار صغيرة بحيث لا يستغنى اهل البيوت عن الانتفاع بصحن
الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصيرة اى حجر ومنازل وفى كل مقصورة مكان يستغنى
اهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فسرق رجل من
مقصورة واخرجها الى صحن الدار قطع كما سيجئ لان الاخراج من الحرز وجد او نقب
اللص البيت فدخل واخذ المال وناول من هو خارج من البيت فلا يقطع واحد منهما
اما الاول فلانه لم يوجد منه الاخراج واما الثانى فلانه لم يوجد منه هتك الحرز فلم يتم السرقة
من واحد منهما وعن ابى يوسف انه ان كان الخارج ادخل يده حتى تناول اخره المتاع فالقطع
عليهما وان كان الداخل اخرج يده مع المتاع حتى اخذ منه الخارج يقطع الداخل لا الخارج
او نقب فادخل يده فى بيت واخذ المال لانه ليس بهتك الحرز على الكمال لان الهتك ان يدخل

البيت بالجملة وفيه خلاف ابي يوسف او طرّ اي قطع صرة خارجة من كم غيره واخذ
الدراهم فانه لا يقطع وان دخل يده في كم وطرها واخذها قطع لان الرباط في الوجه الاول
من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من خارج فلم يوجد هتك الحرز باخراج المال وهو الكم
وفي الوجه الثاني من داخل فبالطر يتحقق هتك الحرز باخراج المال من الكم ولو حل الرباط
يقطع في الوجه الاول لان الدراهم يبقى في الكم بعد حل الرباط فيتحقق هتك الحرز بالاخراج
منه وفي الوجه الثاني لا يقطع لانه اذا حل الرباط تبقى الدراهم خارجة من الكم فلم يوجد
اخراج المال من الحرز وانما اخذه من خارج الكم فلا يقطع وعن ابي يوسف رح انه يقطع
في الوجوه كلها او سرق جملا من القطار او حملا فانه لا يقطع سواء كان معه سائق
يسوقه او قائد يقوده اولا لان مقصود القائد والسائق القود والسوق دون الحفظ
وقطع ان حفظه ربه او نام عليه لان الحرز يثبت بالحافظ اذا كان قاصدا للحفظ
والنوم عليه حفظ وكذا ان نام بقربه او شق الحمل واخذ منه شيئا فان الجوالق
او في مثل هذا حرز وادخل يده في صندوق او كم واخذ المال فان الصندوق
والكم حرز فيقطع او اخرج من مقصورة دار فيها مقاصير الى صحنها كما ذكرنا
والمراد موضع كمدرسة ونحوها فيها حجرات يسكن في كل منها انسان لا تعلق له
بالحجرات الاخر لا الدار التي صاحبها واحد وبيوتها مشغولة بمتاعه وخدامه
او سرق صاحب مقصورة من اخرى اي من هذه الدار او نقب اللص البيت فدخل
والقى شيئا في الطريق ثم خرج واخذه فان هذا الفعل معتاد من السراق لتعذر
الخروج مع المتاع او للتفريغ بيده فيمكنه استدفاع رب المال وان لم ياخذه
من الطريق لا يقطع خلافا للشافعي رح او حمله على حمار فساقه واخرجه لان سير الدابة
مضاف الى سائقها وعند زفر رح لا قطع في الالقاء والحمل ويقطع يمين كل سارق من زند
وهو عظم الساعد وعند الخوارج يقطع من المنكب ويحسم والحسم

ان يجعل يده بعد القطع في الدهن الذي اغلي ثم يقطع رجله اليسرى ان عاد الى السرقة

فان عاد وسرق ثالثا لا يقطع بل يسجن حتى يتوب وتعزر ايضا وعند الشافعي رح يقطع يده

اليسرى في المرة الثالثة ورجله اليمنى في المرة الرابعة وشرط للقطع خصومة المالك وطلبه

المال ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا لابن ابي ليلى فيهما لان القطع خالصا

حق الله تعالى وللشافعي رح في الاقرار لان الشهادة تبنى على الدعوى في المال

بخلاف الاقرار ولنا ان الخصومة شرط لظهور السرقة لانها جناية اخذ مال الغير

ولم يثبت الجناية على مال الغير الا بخصومة المالك وخصومة ذي يد حافظ كالمودع

ونحوه مثل الغاصب وصاحب الربو كما اذا باع دينارا بدينارين وقبضهما فسرق من يده

والمستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل

من له يد حافظة سوى المالك كالاب والوصي ومتولي الوقف والوكيل ويقطع بخصومة

المالك في السرقة من هؤلاء وعند زفر رح لا يقطع بخصومة هؤلاء ما لم يحضر

المالك وما قطع به ان بقي رد على صاحبه والا اي وان لم يبق بان لا يضمن وان استهلك

السارق فكذلك في رواية ابي يوسف رح عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وفي رواية

الحسن عن ابي حنيفة رح يضمن وقال مالك ان كان السارق ذا مال يضمن

في الحال والا لا يضمن اصلا وقال الشافعي رح يضمن السارق هلك المال

او استهلكه فعندنا القطع مع الضمان لا يجتمعان وعند الشافعي رح يجتمعان

لانهما حقان اختلفا محلا وسببا اذ محل القطع اليد ومستحقه الحق وسببه الجناية

على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهاه عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه

المسروق منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب احدهما

لا يمنع وجوب الاخر ولنا ما روي عن النبي عليه الصلوة والسلام لا غرم على السارق

بعد ما قطعت يمينه ولان القطع خالصا حق الله تعالى فلا يجب الا بجناية

واقعة على حق الله تعالى خالصا فانتقل عصمة المال الى الله تعالى ولا يبقى معصوما حقا
للعبد لان العصمة متحدة فاذا تحولت الى الله تعالى لم يبق للعبد والتحق فى حق العبد بما لا قيمة له
كالخمر فلا يضمن معصوم اى مسلم او ذمى خرج وقطع الطريق على معصوم اى مسلم او ذمى حتى
لو قطع الطريق على المستامن لا يجب القطع فاخذ قاطع الطريق قبل اخذ مال وقتل نفس
حبس بعدما عزر حتى يتوب ويظهر فيه سيماء الصالحين وان اخذ المال من مسلم او ذمى جماعة
ونصيب كل واحد منهم اذا قسم نصاب اى عشرة دراهم فصاعدا قطع يده ورجله من
خلاف يعنى يده اليمنى ورجله اليسرى لئلا يفوت جنس المنفعة وان قتل بلا اخذ مال قتل حدا
حتى ان عفى الاولياء لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الله تعالى وعند الشافعى رح الواجب قصاص
وان قتل معه اى مع اخذ المال قتل اى ان شاء الامام قتله من غير قطع او صلب من غير قطع
وان شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم قتل او صلب حيا مع القطع ايضا وقال ابو يوسف
ومحمد يقتل او يصلب ولا يقطع وعن ابى يوسف انه ليس للامام ان يدع الصلب وعنه
انه يترك على خشبة كذلك حتى يتقطع فيسقط

كتاب الجهاد

مصدر من جاهدت العدو اذا قابله فى تحمل الجهد وبذل كل واحد منهما جهده اى طاقته فى
دفع صاحبه ثم غلب فى الاسلام على قتال الكفار ونحوه لما فيه من المجاهدة مع المخالفين لاعزاز الدين وهدم
قواعد المشركين ويقال كتاب السير جمع سيرة وهى الطريقة وسمى هذا الكتاب به لانه يبين فيه سير المسلمين
فى معاملته مع الكفار الجهاد فرض عين ان هجم الكفار على بلد وصار النفير عاما ولا يستهيا دفعهم الا
بقتال المسلمين جميعا فيجب على جميع الناس الدفع فيخرج المراة بلا اذن زوجها والعبد بلا اذن
سيده وان هجم الكفار على ثغر من الثغور يصير فرض عين من كانوا بقرب منه وهم يقدرون على
الجهاد واما البعيد عن دارهم فلما بلغ الخبر اليهم يصير فرض عين عليهم ان احتيج اليهم
بان خيف على من كان اقرب منه بانهم عاجزون عن المقاومة او بان لم يعاجزوا ولكن
تكاسلوا ثم وثم الى ان يصير فرض عين على جميع اهل الاسلام شرقا وغربا و

فرض كفاية بدا ء اى ابتداء ان لم يقاتل الكفار ان قام به بعض من المسلمين سقط عن الباقين والا اى وان لم يقم للقتال بعض المسلمين اثموا اى كل المسلمين وهذا كصلوة الجنازة ورد السلام ان قام به البعض سقط عن الكل والا اثموا اى الكل لا يجب على الصبى لسقوط التكاليف عنه ولا على عبد وامرأة لاشتغالهما بخدمة المولى والزوج وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الله تعالى واعمى ومقعد واقطع بعجزهم فان يحاصرهم اى الكفار ندعوهم الى الاسلام والدعوة فى ابتداء الاسلام كانت فرضا والان من قبيل الاستحباب لانتشار الدعوة فان ابوا عن قبول الاسلام فالى اداء الجزية ندعوهم وهذا فى حق من يقبل منهم الجزية كاهل الكتاب والمجوسى وعبدة الاوثان من العجم فاما المرتدون وعبدة الاوثان من العرب فلا يقبل منهم الجزية فيقاتلهم ان لم يسلموا فان قبلوا الجزية فلهم ما لنا وعليهم ما علينا لا يراد بهذا الحكم على العموم حتى يدل على انه يجب عليهم من العبادات وغيرها ما يجب علينا بل يراد انه يجب لهم علينا ويجب لنا عليهم اذا تعرضنا لدمائهم واموالهم وتعرضوا لدمائنا واموالنا لبعضنا على بعض عند التعرض فان قبل قبول الجزية كنا نتعرض لدمائهم واموالهم وتعرضوا لدمائنا واموالنا فقبول الجزية ليس الا لزوال هذه التعرض وان ابوا عن قبول الجزية نقاتلهم ونحاربهم بما يهلكهم من الضرب بالسيف والرمى ونصب المجانيق وغير ذلك وقطع شجرهم وفساد زراعهم وخرب بيوتهم وارسل عليهم الماء بلا غدر هو الخيانة ونقض العهد فان قيل ينبغى ان يجوز الغدر لقوله عليه الصلوة والسلام الحرب خدعة قلنا المراد ان الحرب ما دامت قائمة يجوز الخدعة بان يريهم الامام ان لا نحاربهم فى هذا اليوم حتى امنوا فحربهم فيه او يذهب الى جانب اخر حتى غفلوا فياتيهم فجأة او بياتا ونحو ذلك اما اذا جرى بيننا وبينهم قرار ان لا نحارب فى هذا اليوم حتى امنوا فانه لا يجوز المحاربة بنقض العهد وهذا ليس من باب خداع الحرب بل خداع فى السلم

فيكون

فيكون غادرا وبلا غلول هو السرقة من المغنم ومثلة وهي اسم من مثل به يمثل مثلا
اي نكل نكالا معناه جعله نكالا وعبرة لغيره مثل قطع الاعضاء وتسويد
الوجه ويقال مثل بالقتيل اي قطع انفه وبلا قتل عاجز عن القتال كصبي ومجنون
وامرأة وشيخ فان ومقعد واعمى ومن قاتل من هؤلاء يقتل وعند الشافعي رح
يقتل الشيخ الفاني والمقعد والاعمى الا امرأة ملكة يتعدى ضررها بالمسلمين
وذا راي في الحرب اذا الاستعانة بالرأي فوق القتال او ذا مال يحث الكفار به اي
بماله على الحرب وبلا قتل اب كافر ابتداء وان قصد الاب قتله ولا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس
بقتله وهكذا في الام والجد ولو كان الكافر اخاه يجوز ان يبتدئ بقتله وبلا اخراج
مصحف وامرأة في السرية لا يؤمن عليها فربما يقعان في ايدي الكفار فيكون سببا
للاستمتاع بالمرأة والاستخفاف بالمصحف الا في جيش عظيم يؤمن عليه لان الغالب
هو الظفر والنصرة ولو دخل عليهم مسلم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف
اذا كانوا وافين بالعهد واذا راى الامام ان يصالح اهل الحرب فصالحهم ان كان
الصلح خيرا بان كان للمسلمين ضعف وللكفار شوكة ويصالحهم بالمال عند الحاجة
اما اذا لم يكن حاجة لم يجز ونبذ الصلح ان كان هو اي النبذ انفع للمسلمين ويقاتلهم قبل نبذ
الصلح ان خانوا لانهم صاروا ناقضين للعهد بالخيانة وصولح المرتد ولكن بلا اخذ مال
لان اخذه تقرير للمرتد على ذلك وهو لا يجوز وان صالح المرتد بمال واخذ المال منه لا يرد
عليه اي على المرتد لان في الرد معونة له ولا يباع سلاح وحديد وخيل منهم اي من اهل الحرب
ولو كان البيع معهم بعد الصلح معهم وصح امان حر وحرة كافرا وجماعة او اهل حصن
او مدينة فلم يجز لاحد من المسلمين قتالهم فان كان الامان شرا للمسلمين
نبذ الامام الامان وادب الامن لافتياته على الامام ولغا امان الذمي لانه منهم
فيميل اليهم واسير في يد الكفار وتاجر هم معهم اي مع الكفار لانهما مقهوران

في ايديهم فيجلوا الامان عن المصلحة ظاهرا وكذا لغا امان من اسلم ثمه او في دار الحرب ولم
يهاجر بعد الاسلام وكذا لغا امان صبي عاقل وعبد محجورين عن القتال هذا عند ابي
حنيفة وقال محمد رح والشافعي رح يصح امان صبي عاقل والعبد وابي يوسف مع محمد
في رواية الكرخي ومع ابي حنيفة في رواية الطحاوي ومجنون وكذا صبي لا يعقل

فصل في المغنم

والقسمة ما فتح عنوة هي مصدر العاني اذا ذل وخضع
والاسم العنوة ومنه فتح مكة عنوة اي بالقتال لا بالصلح قسمه الامام ان شاء بين
الجيش بعد ما خمسه وان شاء اقر اهله عليه ومن عليهم وتركهم احرارا لمسلمين
الاصل وترك الاراضي مملوكة لهم بجزية وخراج على اراضيهم وقال الشافعي رح لذلك
في الرقاب ولكنه يقسم الاراضي ولا يتركها في ايديهم بالخراج وقتل الاسرى ان شاء او
استرقهم وتركهم احرارا ان شاء ذمة لنا ليكونوا اهل ذمة لنا ونفى منهم المن ان يترك
الاسير الكافر مجانا من غير ان ياخذ شيئا منه وفيه خلاف للشافعي رح ونفى فداهم و
ردهم الى دارهم والفداء ان يترك الاسير ويوخذ منه مال او اسيرا مسلما منهم
في مقابلته فالفداء قبل ان يضع الحرب اوزارها يجوز بالمال لا بالاسير المسلم
وبعده لا يجوز بالمال باجماع علمائنا وبالنفس لا يجوز عند ابي حنيفة وعند محمد رح
يجوز وعند ابي يوسف روايتان وعند الشافعي يجوز مطلقا ونفى قسمة مغنم
ثمة اي في دار الحرب وقال الشافعي رح لا باس في القسمة في دار الحرب بعد ما تم انهزام
المشركين وهذا بناء على اصل وهو ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار
الاسلام عندنا وعنده يثبت الا ايداعا بان قسم المغنم بين المسلمين قسمة ايداع
ليحملوا الى دار الاسلام فياخذه منهم وقسمه بينهم والردء اي القوم الذين وقفوا على
مكان حتى اذا ترك المقاتل القتال قاتل اولئك وقيل الردء العون وقيل الذي يخدم
المقاتلين ومدد لحقه اي المقاتلة ثمة اي في دار الحرب قبل ان يخرجوا

المغنم الى دارنا كالمقاتل اى يشاركه فيه اى فى المغنم خلافا للشافعى رح بعد انقضاء القتال لا يشترك فى المغنم سوقى لم يقاتل وقال الشافعى فى احد قوليه يسهم له ولا من مات من المقاتلين ثمة اى فى دار الحرب فلا حق له فى المغنم وعند الشافعى رح من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه ويورث قسط مغنم من مات من المقاتلين ههنا اى فى دار الاسلام لان الارث انما يجرى فى الملك والملك انما يثبت بعد الاحراز بدارنا وحل لنا ثمة اى فى دار الحرب من المغنم طعام كالخبز واللحم ودهن يدهن به ويوقح الدابة وعلف دابتنا وحطب سواء كان عنيا او محتاجا ولا وحل لنا فى دار الحرب سلاح به حاجة بان لم يكن لنا سلاح او انقطع سلاحنا الا بيع هذه الاشياء بعد الخروج منها اى من دار الحرب ومن اسلم من دار الحرب ثمة اى فى دار الحرب عصم بالاسلام نفسه لان الاسلام عاصم لنفسه وطفله لانه صار مسلما تبعا له وماله معه الا او دعه معصوما اى وضعه امانة عند مسلم او ذمى ويقسم الامام المغنم فيفرز خمسه اولا ويقسم ماوراءه اى اربعة اخماس بين الغانمين فيكون للفارس سهمان عند ابى حنيفة وزفر رح وعند صاحبيه والشافعى للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهم واحد ويعتبر فى استحقاق سهم الفارس والراجل وقت مجاوزة الدرب هو بفتح الدال الباب الواسع على السكة والمضيق من مضائق الروم والمراد ههنا مدخل دار الحرب لا شهود الوقعة وعند الشافعى رح يعتبر شهود الواقعة فمن دخل دار الحرب فارسا فنفقت فرسه استحق سهم الفارس ومن دخل راجلا فاشترى فرسا وقاتل فارسا استحق سهم الراجل وعند الشافعى رح الجواب على العكس فى الفصلين والخمس اى خمس المغنم يقسم على ثلثة اسهم يعطى لليتيم والمسكين وابن السبيل وقدم فقراء ذوى القربى عليهم اى على الباقين من الاصناف الثلثة يعنى يدخل ايتام ذوى القربى فى سهم اليتيم ويقدم على باقى الايتام وكذا مساكين ذوى القربى وابن السبيل منهم ولا شى من الخمس لغنيهم اى ذوى القربى وعند الشافعى يقسم الخمس على خمسة اسهم سهم لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى حياته وبعده يصرف سهمه الى الخليفة وسهم لذوى القربى يستوى فيه غنيهم وفقيرهم يقسم

بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والباقي للفرق الثلث ومن دخل دارهم فاغار خمس اي ان دخل جماعة لها منعة دار الحرب واخذوا شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه وان ياذن لهم يجب عليه نصرتهم كما اذا اذن لهم فكان ما اخذوا ماخوذا بالجهاد فيخمس لا تخمس من لا منعة ولا اذن له اي ان دخل الواحد او الاثنان دار الحرب بلا اذن الامام واخذ الواحد او الاثنان شيئا لم تخمس وقال الشافعي رح يخمس ولو دخل باذن الامام ففيه روايتان ويخمس في رواية في المشهور لانه لما اذنه الامام فقد التزم النصرة فكان الماخوذ بقوة الامام وللامام ان ينفل التنفيل عطاء شيء زائد على سهم الغنيمة والتركيب يدل على الزيادة وقت القتال و يحرض على القتال وقال الشافعي رح لا يصح التنفيل الا من الخمس فيجعل لاحد من المقاتلة شيئا زائدا على سهم الغانمين كالسلب فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ونحوه اي نحو السلب كان يقول لسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس اي بعد ما رفع الخمس جعلت لكم ربع الباقي او ثلثه ونحو ذلك والسلب في اللغة المسلوب وعند الفقهاء مركبه اي مركب المقاتل وما عليهما اي على المركب والراكب المقتول من ثيابه وسلاحه وماله وكذا ما على مركبه من السرج وغير ذلك

فصل

في استيلاء الكفار واذا غلب بعض الكفار كالترك مثلا على بعض الكفار كالروم واخذوا اموالهم يملك بعض الكفار بعضا اخر واموالهم بالاستيلاء وكذا ان غلب علينا الكفار واخذوا اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوا اموالنا بالاستيلاء والاحراز بدارهم وقال الشافعي رح لا يملكونها ولا يملك الكفار حرنا وتوابعه كالمدبر والمكاتب وام الولد ولا يملكون عبدنا الابق اذا دخل دارهم واخذوه عند ابي حنيفة وعندهما يملكونه لان الاستيلاء ورد على محل قابل للتمليك فيثبت الملك فيه كدابة ندت اليهم واخذوها ولابي حنيفة رح ان سبب الملك الاستيلاء ولم يوجد لان للعبد يدا على نفسه لانه ادمي مكلف الا انه سقط اعتبار يده على نفسه لحق سيده فاذا زالت يد سيده بانفصاله عن دارنا ظهر يده على نفسه فرفعت يده ثبوت يد الكفار عليه فلا يتحقق الاستيلاء فلا يثبت الملك بخلاف الدابة لانه لا يد لها على نفسها و تملك

بهما اي بالاستيلاء والاحراز بدارنا خرهم وما هو ملكهم لان الشرع اسقط عصمة الكفار
جزاء على كفرهم ونملك اموالهم لان الاستيلاء على المباح سبب الملك ومالهم غير معصوم
بسبب كفرهم وان غلبنا عليهم بعد ظهروا علينا واخذوا اموالنا واحرزوها بدارهم فكل من
وجدنا ماله اخذه بلا شيء ان لم يقسم المال بين جيشنا الغانمين واخذنا بالقيمة
ان قسم انما فرق بين الحالين لان المالك القديم يتضرر بزوال ملكه عنه بلا رضاه
وبعد القسمة من وقع المال في نصيبه يتضرر بالاخذ منه مجانا لانه استحقه عوضا عن سهمه
في الغنيمة فقلنا بحق الاخذ بالقيمة دفعا للضرر من الجانبين وقبل القسمة الملك فيه للعامة
فلا يصيب كل فرد منهم ما يبالي فلا يتحقق الضرر واخذ بالثمن ان شراه اي من الكفار تاجر
منا في دار الحرب واخرجه الى دارنا وعبدهم اي الكفار اسلم ثمه اي في دار الحرب فجاءنا
او ظهرنا عليهم عتق اصله ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حاصر الطائف خرج
جماعة من عبيدهم اليه ثم جاء مواليهم واسلموا وطلبوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يردهم عليهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هم عتقاء الله تعالى كعبد مسلم شراه
كافر مستامن هنا اي دار الاسلام وادخله اي العبد دارهم اي في دار الكفار فانه يعتق
عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يعتق لان الواجب ان يجبر المستامن على بيعه وقد زال
الاجبار اذ لا يد لنا عليهم فبقي عبدا في ايديهم وله انه اذا زالت ولاية الاجبار اقيم
الاعتاق مقامه تخليصا للمسلم عن ايدي الكفار ولا يتعرض تاجرنا ثمه لدمائهم وما لهم
اي اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا لم يحل له ان يتعرض بشيء من دمائهم واموالهم لان المسلمين
عند شروطهم وقد شرط بالاستيمان ان لا يتعرض لهم فالتعرض غدر والغدر حرام
الا اذا غدروا واخذ ملكهم ماله اي مال تاجرنا او اخذ غيره اي غير الملك بعلمه اي بعلم الملك
ولم يمنعه الملك وح يجوز لتاجرنا تعرضهم لانهم بدأوا بنقض العهد والغدر وما اخرجه
اي تاجرنا بطريق التعرض بعد ما دخل دارهم بامان ملكه لورود الاستيلاء على مال مباح

زيلعي

لكن ملكا حرا ما لحصوله بسبب الغدر فيتصدق به اي بما اخرجه واذا دخل الحربي الينا
مستامنا لم يمكن حربي ان يقيم هنا اي في دار الاسلام سنة وللامام ان يوقت في ذلك ما دون
سنة كالشهر والشهرين وادنى الاوقات غير مقدر بل هو مفوض الى رأي الامام وقيل له اي للحربي
ان اقمت هنا سنة او ادنى منها على ما وقت له الامام نضع عليك الجزية وهي اسم لما يوخذ من الذمي
يقال جزى بمعنى قضى ومنه الجزية لانها يجزئ عن الذمي ويكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه
القتل فان رجع قبل المدة فيها وان اقام سنة او ما وقت له الامام فهو ذمي ولا يترك ان يرجع اليه
اي الى دار الحرب لانه لما صار ذميا بالاقامة لا يمكن نقض الذمة ولا يغير جزية وضعت بصلح
الجزية على ضربين جزية توضع بصلح وتراض فيقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبدأ الامام
بوضعها اذا غلب على الكفار واقرهم على املاكهم واذا غلبوا واقروا على املاكهم يوضع
على كتابي ومجوسي هو ليس من اهل الكتاب ولذا لا يوكل ذبيحته وانما اخذ الجزية
منه لانه من العجم ووثني عجمي فيه خلاف الشافعي رح فانه عنده لا يوضع عليه الجزية
بل يسترق ظهر غناءه اي غناء كل من المذكورين وظاهر الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج
الى العمل وقيل هو الذي يملك عشرة الاف درهم فصاعدا لكل سنة ثمانية واربعون درهما
في كل شهر اربعة دراهم ويوضع على المتوسط الحال هو الذي له مال لا يستغني به عن العمل وقيل
الذي يملك مائتي درهم فصاعدا نصفها اي اربعة وعشرون درهما في كل شهر درهمان و
يوضع على فقير يكسب اكثر من حاجته ولا مال له وقيل الذي يملك ما دون المائتين او لا يملك شيئا ربعها اي
اثنا عشر درهما في كل شهر درهم وقال الشافعي يوضع على كل ذي حلم دينار او ما يعدل الدينار ويستوي
فيه الغني والفقير لا يوضع الجزية على وثني عربي لان كفره اغلظ قال النبي عليه الصلوة والسلام كان
منهم نسبا والقران نزل بلغتهم فكانوا احق الناس باتباع النبي عليه الصلوة والسلام وعرف
بمعنى القران واعلم ببلاغته واعجازه فكان الحجة عليهم الزم فان ظهر عليه اي على وثني العربي
فطفله وعرسه اي زوجته فيء يقسم بين الغانمين ولا على مرتد لانه نال شرف الاسلام ووقف على محاسنه فيكون

كفره ايضا اغلظ فلا يقبل منهما اى من وثنى عربى ومن مرتد الا الاسلام وهو الانقياد او السيف زيادة فى العقوبة وعند الشافعى يسترق عبدة الاوثان من العرب ولا يوضع الجزية على راهب لا يخالط الناس لانه لا يجوز قتله اذا لم يخالطهم والجزية فى حقه بدل على القتل وذكر محمد عن ابى حنيفة رح انه يوضع عليه اذا كان يقدر على العمل وهو قول ابى يوسف ولا على صبى وامرأة ومملوك واعمى وزمن لانه لا يقتل هؤلاء والجزية بدل من القتل ولا على فقير لا يكتسب خلافا للشافعى وتسقط الجزية بالموت والاسلام اى ان مات الكافر او اسلم بعد مضى السنة قبل ان يوخذ منه الجزية تسقط عنه ولا يستوفى من تركته وعند الشافعى رح ان اسلم بعد كمال السنة لم تسقط عنه وان اسلم قبل كمال السنة فله وجهان وان مات كافرا استوفى من تركته وتداخل الجزية بالتكرار اى اذا مرت على ذمى سنون ولم يوخذ منه الجزية لم يجب عليه الا جزية واحدة باعتبار السنة التى هو فيها وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى رح تجب الجزيات كلها ولا يجوز ان يحدث بيعة ولا كنيسة فى دارنا يقال كنيسة اليهود والنصارى لمعبدهم وكذا البيعة مطلقا فى الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى ولهم اى الذميين اعادة المنهدم من البيعة والكنيسة الا اذا ارادوا ان يبنوا اوسع من الاول فهم يمنعون من الزيادة ويميز الذمى عن المسلمين فى زيه ومركبه وسرجه وسلاحه وقلنسوته فلا يركب خيلا ولا يعمل بسلاح لاظهار الصغار على الذمى واصله ان الله تعالى وصف الذمى بالصغار حيث قال حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والصغار الذل للمتناهى فلابد من اظهار اثار ذل عليه ويظهر الكستيج وهو خيط غليظ بقدر الاصبع من الصوف يشده الذمى على وسطه وهو غير الزنار من الابريسم لان اهانة الذمى بنفس العلامة مقصودة ولا اهانة فى الزنار من الابريسم لان الذمى يجمل به ويركب على سرج كالاكاف من الهيئة وميزت نساؤهم عن نسائنا فى الطريق حالة المشى وفى الحمام ويعلم على دورهم علامات تتميز بها عن دور المسلمين لئلا يقف عليها سائل ليستغفر لهم ويكون ذلك للمسلمين قال مشائخنا الحق ان لا يتركوا الا عند الضرورة كالخروج الى الرستاق ويمنعون عن

اللباس يختص به اهل العلم والشرف والزهد كالرداء والعمامة ويكون مكاعبهم على خلاف
مكاعبنا خشنة فاسدة اللون غير مزينة تحقيرا لهم وتعظيما للدين واهله ومصرف
الجزية والخراج وما اخذ منهم اي اهل الحرب بلا قتال وحرب مثل الاراضي التي اجلوا عنها اهلها
وما اهدى اهل الحرب الى الامام مصالحنا خبر لقوله مصرف الجزية كسد الثغر هو موضع المخافة من
العدو وبناء جسر هو ما يوضع ويرفع وقنطرة هي ما لا يرفع ورزق العلماء وكفاية القضاة والعمال
والمقاتلة وذراريهم لان هذا مال بيت المال وصل الى المسلمين بغير قتال وهو معد لمصالح
المسلمين **فصل** في بيان حكم المرتد ومن ارتد عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام
لرجاء العود اليه قالوا العرض غير واجب لانه كافر بلغته الدعوة وتجديد الدعوة في مثله مستحب
وان كانت له شبهة كشفت الشبهة لان الظاهر انه اعترض شبهة ارتد لاجلها فعلينا ازالتها
فان استمهل يمهله الامام وحبس ثلثة ايام لا يزيد على هذا لانه لا يرتد الا بشبهة ظاهرة فيجب
الامهال عند الاستمهال وان لم يطلب التاجيل يقتله في ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن ابي حنيفة
وابي يوسف رح انه يستحب للامام ان يوجله ثلثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وقال الشافعي
يجب على الامام ان يوجله ثلثة ايام ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك فان تاب فيها اي بالخصلة
الحسنة اخذ والا اي وان لم يتب قتل وهي اي التوبة بالتبري عن كل دين سوى
الاسلام بعد الاتيان بكلمة الشهادة او التبري عما انتقل اليه لحصول المقصود وقتله قبل
عرض الاسلام عليه ترك ندب كما ذكرنا بلا ضمان على القاتل لانه يستحق القتل بالارتداد
ويزول ملكه اي ملك المرتد عن ماله بسبب ردته زوالا موقوفا ان تبين حاله فان اسلم عاد
ملكه على حاله هذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يزول ملكه بل يبقى ملكه الى ان يقتل وان
مات او قتل على ردته او لحق بدارهم اي دار الحرب وحكم به اي باللحاق بدار الحرب فقد استقر كفره عتق
مدبره وام ولده وحل الدين عليه وقال الشافعي رح يبقى ملكه موقوفا بعد لحاقه كما كان قبل
لحاقه وكسب حال الاسلام لوارثه المسلم واختلف الروايات عن ابي حنيفة فيمن يرث المرتد

روى الحسن عنه ان من كان وارثا له وقت ردته وبقي الى موته ومن حدث بعد ذلك لا يرثه
حتى لو اسلم بعض ورثته بعد ردته لا يرث على هذه الرواية وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه
يعتبر وجود الوارث وقت الردة ثم لا يبطل استحقاقه بموته قبل موت المرتد وروى محمد عن ابي حنيفة
يعتبر من يكون وارثا له حين مات او قتل سواء كان موجودا عند الردة او حدث بعدها وكسب حالة
ردته فيء وهذا عند ابي حنيفة وقالا كلاهما لوارثه المسلم وقال الشافعي رح كلاهما فيء وقضى دين
كل حال من الاسلام والردة من كسب تلك الحال اي دين حال الاسلام يقضى من كسبه تلك
الحال اي دين حال الاسلام يقضى من كسب حال الاسلام ودين حال الردة يقضى من كسب حال الردة
وعن ابي حنيفة رح انه يبتدأ بكسب الاسلام فان لم يوف به قضي من كسب الردة وقالا يقضى دينه
من كسبه وبطل نكاحه وذبيحته لان الحل بهما يعتمد الملة وصح طلاقه لان النكاح قد انفسخ بالردة فيكون
المرأة معتدة فان طلقها يقع واستيلاده يعني امة المرتد اذا ولدت فادعى نسبه يثبت نسب هذا الولد منه وكانت
الامة ام ولده ويتوقف بيعه وشراؤه وباقي معاملاته كهبة واجارة ووصية ومفاوضة والحاصل ان تصرفات
المرتد انواع نافذ اتفاقا كقبول الهبة والاستيلاد والطلاق ويبطل اتفاقا كالنكاح والذبح وموقوف اتفاقا
كولايته على اولاده الصغار والمفاوضة ومختلف في توقفه كالبيع والشراء والاجارة والعتق والتدبير
والكتابة والوصية وقبض الديون فعند ابي حنيفة هذا النوع من التصرفات ان اسلم نفذ
وان مات او قتل ولحق بدار الحرب وحكم به بطل وعندهما ينفذ هذه التصرفات الا عند ابي يوسف
ينفذ كما ينفذ من الصحيح حتى يعتبر تبرعاته من كل المال وعند محمد رح ينفذ من المريض حتى
يعتبر متبرعاته من ثلث فان لحق المرتد بدار الحرب وجاء الى دار الاسلام مسلما قبل حكم بلحاقه
فكانه لم يرتد حتى لا يعتق مدبره وام ولده ويضمن وارثه ما تلف من ماله وان جاء مسلما بعده
اي بعد الحكم بلحاقه وماله موجود بعينه مع ورثته اخذه اي اخذ ماله واما ماله الذي ازاله
الوارث عن ملكه او اتلفه فلم يضمنه ولا تقتل مرتدة حرة كانت او امة لان النبي صلى الله
عليه وسلم نهى عن قتل النساء وقال الشافعي رح تقتل ان لم تسلم ولكن تجبر على الاسلام وتحبس

حتى تسلم وروى الحسن عن ابى حنيفة انها تخرج فى كل يوم وتضرب سبعة وثلاثين سوطا حتى تموت او تسلم وتصح تصرفها اى تصرف المرتدة فى مالها من البيع والشراء والهبة وغير ذلك وكسبها اى كسب الاسلام وكسب الردة لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفئ وصح ارتداد صبى يعقل ويقيم الحجج الواضحة على وحدانيته تعالى ونبوة محمد عليه الصلوة والسلام هذا عند ابى حنيفة ومحمد حتى يبطل نكاحه ويحرم عن الميراث وصح اسلامه فى احكام الدنيا والاخرة حتى يرث من الاب ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعى اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد ولنا ان عليا رضه اسلم وهو صبى وصحح النبى عليه الصلوة والسلام اسلامه وكان على يفتخر به حتى كان يقول سبقتكم على الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلم وقيل من اسلم من الرجال ابو بكر الصديق ومن النساء خديجة وعن الصبيان على ويجبر الصبى العاقل عليه اى على الاسلام ولكن لا قتل على الصبى ان ابى عن الاسلام ان بلغ كافرا

فصل فى البغاة والبغاة جمع باغ من البغى وهو الظلم وفى الشريعة هو قوم مسلمون خرجوا عن طاعة الامام فيدعوهم الامام الى العود الى العسكر المسلمين ويكشف شبهتهم فان تحيزوا مجتمعين اى تجازوا وما لوا الى فئة من المسلمين ليستعينوا بهم واجتمعوا واتخذوا حيزا ومكانا حل لنا قتالهم ابتداء خلافا للشافعى لانه لا يحل قتل المسلم الا دفعا ولنا ان خروجهم على الامام معصية والقيام بقتالهم نهى عن المنكر فنقاتلهم وان يبدؤا ويجهز اى يقال اجهز على الجريح اى قتل قتله على جريحهم دفعا للشر وقال الشافعى لا يجوز ذلك ويتبع موليهم ان كان لهم فئة وفيه خلاف الشافعى ايضا وان لم تكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لانه لا يخاف ان يلحق بالفئة فلا ضرورة الى قتله فلا يقتل لكونه مسلما ولا يسبى ذريتهم ولا يقسم مالهم ولا يرد عليهم بل يحبس مالهم الى ان يتوبوا فح يرد عليهم ويستعمل بصلاحهم وخيلهم عند الحاجة خلافا للشافعى رح لانه لا يحل الانتفاع بمال المسلم بدون رضائه ولنا انهم اذا احتاجوا الى سلاح اهل العدل فلهم ان يأخذوا

فاذا احتاجوا الى سلاح اهل البغي اولى ان ياخذوا وباغ قتل عادلا ان ادعى حقيته وان
كنت على الحق حين قتلت وانا الآن على الحق يرثه وان قال كنت على باطل يوم قتله لا يرثه
وقال ابو يوسف والشافعي لا يرث الباغي في الوجهين كعكسه اي كما اذا قتل العادل الباغي فانه
يرثه ولا يجب شيء بقتل باغ مثله اي باغيا آخر فانا ان ظفرنا عليهم لم يجب شيء

كتاب الجنايات

الجناية ما يجنيه من شر اي يحدثه ويكسبه تسمية بالمصدر من جنى عليه
شرا وهو عام في كل قبيح وشنيع الا انه خص بما يحرم من الفعل سواء كان في النفس او في المال
وفي اصطلاح الفقهاء يطلق اسم الجناية على الفعل في النفوس والاطراف واما الفعل في المال
فخصوه باسم الغصب والسرقة والقتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وجرى مجرى
الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان انواع القتل بغير حق مما يتعلق به الاحكام كالقصاص والدية
والكفارة وغير ذلك فاما القتل من حيث هو فاكثر من خمسة كالقتل قصاصا ورجما وقتل
الحربي وقتل قطاع الطريق وغير ذلك والقتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء سواء كان
سلاحا كالسيف والسكين او لم يكن سلاحا نحو الابرة وكنار فانها تعمل عمل السلاح في القطع
وتفرق الاعضاء ومحدد من الحديد او حجر او غير ذلك ولو كان محددا متخذا من خشب
او ليطة القصب اي قشره فان المراد بالعمد القصد الى القتل وهو امر باطن لا يعرف الا بدليل ودليل
استعمال قاتلة عادة هذا عند ابي حنيفة وعندهما وعند الشافعي العمد ضربه قصدا
بما لا يطيقه البنية حتى ان ضربه بحجر عظيم او خشب عظيم فهو عمد وبه اي بالقتل العمد ياثم
لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاءه جهنم ويجب عليه القود عينا فقط بلا كفارة وقال الشافعي القود
عين متعين بل الولي مخير بين القود واخذ الدية ويجب الكفارة وشبه العمد ضربه قصدا
بغير ما ذكر اي بغير ما يفرق الاجزاء كالعصا والسوط والحجر الصغير واما الضرب بالحجر العظيم فشبه العمد عند
ابي حنيفة كما ذكرنا وسمي شبه العمد لان في هذا القتل معنيين معنى قتل العمد باعتبار قصد
الفاعل الى الضرب ومعنى قتل الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر الى الآلة التي استعملها

اذ هي آلة الضرب للتاديب دون القتل وشبه العمد متحقق عندنا وعند الشافعي رح خلافا لمالك وفيه اى في شبه العمد الاثم لانه قاصد الى الضرب وارتكاب ما هو محرم شرعا والكفارة لانه خطأ نظرا الى الآلة فدخلت تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ ودية مغلظة على العاقلة سيجئ تفسير الدية المغلظة وهو شبه العمد فيما دون النفس عمد اى لا يكون فيما دون النفس شبه عمد فصرح قصدا بغير ما ذكر فيما دون النفس عمد يوجب القصاص لان ما دون النفس لا يختص اتلافه بآلة دون آلة وفي قتل الخطأ فعلا او قصدا اى الخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو ان يرى شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرى غرضا فاصاب آدميا فالحاصل ان في وصول الرمي الى المحل الذي اصابه لكنه مخطئ باعتبار قصده لانه قصد الصيد او الحربي وفي الثاني لم يقصد الرمي الى ذلك المحل الذي اصابه وانما قصد الرمي الى محل آخر وهو الغرض وانما انحصر في هذين النوعين لان رمي السهم الى شئ معين بالقصد اليه مشتمل على فعلين فعل القلب وهو القصد وفعل الجارحة وهو الرمي ولو اتصل الخطأ بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثاني كان هو النوع الثاني كرميه غرضا فاصاب آدميا مثال للخطأ في الفعل او مسلما ظنه صيدا او حربيا مثال الخطأ في القصد كما ذكرنا وما جرى اى في القتل الذي جرى مجراه اى مجرى الخطأ كالنائم سقط على آخر فمات الآخر بسبب سقوط النائم عليه كفارة ودية مبتدأ وخبره في الخطأ فيما جرى عليها اى على العاقلة في الثلث سنين وفي القتل بسبب كحفر البئر في غير ملكه ونحوه كوضع حجر في غير ملكه دية عليها اى على العاقلة ولا يتعلق به الكفارة ولا ارث في شئ من صور القتل الا ههنا اى في القتل بسبب فانه لا يوجب حرمان الارث وقال الشافعي متعلق بالخطأ في حكما ونقصان الصبي هدر اى اذا قتل رجل صبيا يجب القود وكذا نقصان الانوثة هدر فاذا قتل الرجل المرأة يجب القود وكذا نقصان الرق هدر فقتل الحر بالعبد خلافا للشافعي لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ولنا قوله تعالى النفس بالنفس وقوله تعالى الحر بالحر لا يدل على نفي الحكم

عمداً له على اصلنا على انه ان دل يجب ان لا يقتل العبد بالحر لقوله تعالى الحر بالحر وكذا نقصان الجنون والعمى والزمنة وكفر الذمى هدر في قتل المسلم بالذمى خلافاً للشافعي رح وكذا نقصان الاطراف هدر في القود فيقتل الصحيح بالاعمى والزمن والاشل والاعرج والاعور وغير ذلك ممن هو ناقص لان العبرة للمساواة في العصمة لا فيما وراءها لئلا يؤدى الى سد باب القصاص والى ان لا يقتل العالم بالجاهل مثلا ولا يقاد السيد بمملوكه قناً كان او مدبراً او مكاتباً ولو كان المملوك مشتركاً لان القصاص لا يتجزى واذا سقط في البعض سقط في الكل ولا يقاد الوالد بالولد لان كون الاب سبب لوجوده فيستحيل ان يكون الابن سبباً لفنائه والجد سواء كان من قبل الرجال او النساء وان علا في هذا الباب بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب قربت او بعدت ويقتل الولد بالوالد وقال مالك ان قتل الاب ابنه ضرباً بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال ان ضربه تاديباً فاتى على النفس من غير قصد وان ذبحه ذبحاً فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تاويل وعبده اى لا يقتل الوالد بقتل عبد ولده ولو قتل المكاتب لا يقاد القاتل بمكاتب له وفاء اى مال يوفى بدل الكتابة وله وارث اخر غير سيده وسيده وان اجتمع الوارث مع السيد لاختلاف الصحابة في موت هذا المكاتب حراً او رقيقاً فان مات حراً كما قال على وابن مسعود رضى الله عنهما فولاية القود للوارث فان مات عبداً كما قال زيد بن ثابت رض فولاية القود للمولى فاشتبه من له حق القود فلا يقاد قاتله اما اذا قتل المكاتب عمداً وترك وفاء ليس له وارث الا السيد فللسيد القصاص عند ابى حنيفة وابى يوسف رح لان من له ولاية استيفاء القصاص متعين وهو السيد وقال محمد رح لا قصاص فيه وكذا ان قتل مكاتب لم يترك وفاء وله ورثة احرار يجب القصاص للمولى عندهم لانه مات رقيقاً بالاجماع ويسقط قود ورثه على ابيه اى اذا قتل الاب شخصاً وولى القود ابن القاتل بان قتل الاب ام ابنه مثلا سقط القود لحرمة الابوة ولا يقاد الا بالسيف المراد بالسيف السلاح هذا عندنا وعند الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا . . . . اذا قطع يد انسان عمداً فمات يقطع يد القاطع فان مات والا يحز رقبته وان حصل القطع بطريق غير مشروع بان سقاه خمراً حتى قتل او وطى صغيرة او لاط صبيا

فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعي رحمه الله قال بعضهم يحز رقبته ولا يفعل ما فعل به وقال بعضهم يتخذ آلة من الخشب مثل آلة الرجل فيفعل به مثل ما فعل ذلك وفي الخمر يوجر الماء حتى يموت تحقيقاً للمساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف ومن قتل وله وليان صغير وكبير مثلاً ان يكون للمقتول اخوان صغير وكبير يستوفي الكبير قبل كبر الصغير قودا لهما اي للصغير والكبير هذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ليس للكبير ولاية القود حتى كبر الصغير لانه حق مشترك كما اذا كان القود مشتركا بين الكبيرين واحدهما غائب وله ان القصاص حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير معدوم والاصل ان ما لا يتجزى اذا وجد سببه كاملا يثبت لكل واحد على الكمال كولاية النكاح لكن لك انفرد كل واحد باستيفائه بخلاف الكبيرين لاحتمال العفو من الغائب حال استيفاء القصاص وفي قتل مسلم مسلما ظنه مشركا عند التقاء الصفين الكفارة مبتدأ خبره وفي قتل مسلم اي اذا التقى صف من المسلمين وصف من المشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قصاص عليه وعليه الكفارة لانه خطأ في القصد ويجب عليه الدية قيل انما يجب الدية اذا كانوا مختلطين اما اذا كان المقتول في صف المشركين فلا يجب شيء لانه هو الذي اهدر دمه حيث وقف في صفهم وكثر سوادهم وفي موت بفعل نفسه كما اذا شج رجل نفسه وفعل زيد وبفعل سبع كما اذا عقره اسد وفعل حية بان نهشته حية ثلث الدية لانه مات بثلث افعال لان فعل الاسد والحية جنس واحد لانه هدر في الدنيا والاخرة وفعل الانسان بنفسه جنس آخر لانه هدر في الدنيا ومعتبرة في الآخرة حتى يأثم بالاجماع وفعل زيد جنس آخر لانه معتبرة في الدنيا والآخرة فصار ثلثة اجناس فيكون التلف بكل واحد ثلثه فيجب على زيد ثلث الدية فان قلت يجب ان ينظر الى ما هو مؤثر في الموت وينظر الى اتحاده وتعدده والسبع والحية اثنان ولا اعتبار في ذلك لكونهما هدرا قلنا الكلام فيما اذا اشتبه الحال ولم يعلم ان المقتول باي هذه الافعال الثلث مات واما اذا علم انه مات بفعل نفسه او بفعل كان هو المعتبر مثلا اذا علم انه مات بفعل نفسه او بفعل السبع والحية كان هدرا قطعا ولا اعتبار لكون فعل السبع والحية

اثنين للاشتراك في الحكم وهو كونهما هدرا والفعل انما يعتبر واحدا ومتعددا باعتبار وحدة الحكم وتعدده ولا شئ بقتل مكلف شهر سيفا ليلا او نهارا في مصر او غيره على مسلم لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد حل دمه اي هدر ولان السيف غير ملبث فيحتاج الى دفعه بالقتل او شهر عصا ليلا الا اذا شهر نهارا في مصر اي شهر مكلف على مسلم عصا صغيرا ليلا في مصر او نهارا في غيره فقتله المشهور عليه عمدا فلا يجب عليه شئ لان العصا الصغير وان كان ملبثا ولكن في الليل لا يدركه الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر لا يدركه الغوث وان شهر عليه عصا نهارا في المصر فقتل المشهور عليه عمدا فقتل به عند ابي حنيفة وعندهما لا قصاص عليه والدية في ماله اي مال القاتل في غير مكلف اي اذا شهر المجنون او الصبي على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شئ والقيمة في قتل جمل صال عليه اي على القاتل القيمة مبتدأ وعليه خبره اي اذا صال جمل على رجل فقتل يجب عليه القيمة لانه اتلف مالا معصوما لان فعل الدابة لا يسقط العصمة وعن ابي يوسف انه يجب الضمان في الجمل الصائل ولا يجب في الصبي والمجنون وقال الشافعي لا يجب الضمان اصلا ويجب القود فيما دون النفس اذا امكن رعاية المماثلة وهو المساواة فكل جناية فيما دون النفس ان امكن فيه المساواة يجب فيه القود والا فلا كقطع اليد من المفصل ولا عبرة لكبر اليد وصغرها وانما قال من المفصل احترازا عما اذا قطع من نصف الساعد فانه لا يمكن رعاية المساواة وكقطع الرجل من المفصل وما دون الانف وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه والاذن لامكان رعاية المساواة وكل شجة يمكن فيها رعاية المماثلة كالموضحة وهو ان تظهر العظم وعين قائمة ضربت فذهب ضوءها لانه يمكن رعاية المساواة فيجعل على وجهه اي وجه الضارب وعلى عينه الاخرى قطن رطب ويربط ويقابل عينه بمرآة محماة فانه تذهب ضوءها لانه يمكن رعاية المماثلة لا يجب القود ولا يمكن رعاية المماثلة ان قلعت العين ولا في كسر عظم لاحتمال الزيادة والنقصان الا السن فيقلع ان قلعت وهكذا وقع في الوقاية

وكانه نقل من الهداية كما وقع في بعض النسخ هكذا ولو قلعه من اصله يقلع الثاني لكنه لم يوجد
في النسخ الصحيحة من الهداية ومخطوطة في بعضها وذكر في الكافي والنهاية والكفاية ان
قلع السن لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما يفسد به الثانية
لكن يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن وتبرد السن بالمبرد بقدر ما كسرت ولا يجب قود بين رجل
وامرأة فيما بين دون النفس في الاطراف وكذا بين حر وعبد وعبدين لان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالاموال ولا مماثلة بينهما للتفاوت في القيمة بتقويم
الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر مثلا بخمسمائة دينار قطعا ولا يبلغ قيمة يد العبد الى ذلك
ولو بلغت انما يبلغ بالحزر والظن فلا يكون مماثلة اليد الحر يقينا وعند الشافعي يجب القود الا اذا
قطع الحر طرف العبد فانه لا قصاص عنده ايضا ولا يجب القصاص في الجائفة هي الجراحة التي
وصلت الى الجوف فمن جرح آخر جائفة فبرأت فلا قصاص عليه لان البرء فيها نادر فالظاهر ان
الثاني يفضي الى الهلاك اما اذا لم يبرء الجائفة فان كانت سارية الى الهلاك يجب القصاص وان لم يبرء بعد لا يقتص الى
ان يظهر الحال من البراءة والسراية ولا في اللسان والذكر لانهما ينقبضان وينبسطان فتعذر عليه
المماثلة فيهما وعن ابي يوسف اذا قطعا عن اصلهما يجب القصاص الا ان يقطع الذكر من الحشفة
لان موضع القطع معلوم فيمكن رعاية المماثلة فيها فلو قطع بعض الحشفة فلا قصاص لانه لا يعلم مقدار
البعض واذا كانت يد المقطوع صحيحة خير المجني عليه ان كانت يد القاطع ناقصة الاصابع او شلاء
ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غير القطع وان شاء اخذ الارش كاملا وقال الشافعي رح
يقطع يده ويضمن النقصان وخير المشجوج ان كانت الشجة تستوعب ما بين قرني المشجوج اي بان
جوز رأسه ولا تستوعب ما بين قرني الشاج اي شج رجل رجلا موضحة حتى وجب القصاص والشجة
طولها مقدار شبر مثلا وراس المشجوج صغير يستوعب الشجة ما بين قرنية وراس الشاج
اعظم لا يستوعب الشجة ما بين قرنيه فالشين الذي يلحق المشجوج اكثر من الشين الذي يلحق الشاج
فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ الارش في عكسه مخير ايضا لتعذر الاستيفاء كاملا لانه

تعدی الی غیر حقه وکذا لو کانت الشجة فی طول الرأس وهی تاخذ من جبهته الی قفاه ولا تبلغ الی
قفاء الشاج فهو بالخیار ایضا ومن وجب علیه القود یسقط القود بموت القاتل لفوات محل الاستیفاء
وفیه خلاف الشافعی رح فان الواجب عنده من القصاص والدیة احدهما فاذا مات ولا تجب احدهما
تعین الاخر ویسقط بعفو ولی من الاولیاء وصلحه من نصیبه علی عوض وللباقی من الورثة
حصة من الدیة والاصل ان القصاص والدیة حق جمیع الورثة واذا ثبت الحق للکل وکل واحد
یتمکن بین استیفائه واسقاطه صلحا وعفوا ومن ضرورة سقوط حق البعض فی القصاص
سقوط فی حق الباقین اذ القصاص لا یتجزی فیتحول حق الباقین الی الدیة وقال مالک والشافعی
لا یرث الزوجان من الدیة ویقتل جمع بفرد ای اذا قتل جمع واحدا عمدا یقتل الجماعة وبالعکس
ای اذا قتل فرد جمعا وحضر اولیاء المقتولین قتل الفرد بهم جمیعا علی سبیل الکفایة ولا شیء
لهم من المال فان حضر ولی واحد من اولیاء المقتولین قتل له وسقط حق الباقین وقال الشافعی
ان کان قتلهم علی التعاقب یقتل باولهم ویقضی بالدیة لمن بعد الاول فی ترکته وان قتلهم معا یقرع بینهم ویقضی
بالقصاص لمن خرجت قرعته وبالدیة للباقین وفی قول قتل لهم جمیعا وقسمت الدیات بینهم ولا یقطع
یدان بید ای اذا قطع رجلان ید رجل واحد فلا قصاص علی واحد منهما وعلیهما نصف الدیة وقال
الشافعی یقطع یداهما وصورة المسئلة المختلفة فیها بیننا وبین الشافعی رح فیما اذا اخذ سکینا من
جانب وامرّه علی یده حتی قطعت اما اذا وضع احدهما السکین من جانب والاخر من الطرف الاخر
وامرّه حتی التقیا لا یجب القصاص عنده ایضا ویقاد عبد اقر بقود وقال زفر رح لا یصح اقراره
لانه یؤدی الی ابطال حق المولی کالاقرار بالمال لانه متهم ولنا ان العبد مبقی علی اصل الحریة فی حق
الدم والقصاص بطلان حق المولی ضمنا فلا یبالی به وانما یرد اقراره بالمال لانه متهم فیه ولا تهمة ههنا لانه
یقتل به ومن رمی رجلا عمدا فنفذ السهم منه الی اخر فماتا یقتل الرامی للاول وعلی عاقلته الدیة
للثانی لان الاول عمد وفیه القصاص والثانی خطا فیجب الدیة فیه ومن قطع ید رجل عمدا فعفی
المقطوع عن قطعه فمات المقطوع منه ضمن قاطعه دیته فی ماله وقالا اذا عفی عن القطع فهو عفو

عن النفس ايضا لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان النفس الفعل وهو القطع لا يحتمل
العفو وموجبه احد الشيئين ضمان اليد ان لم يسر وضمان النفس ان سرى ولابي حنيفة رح انه
عفى عن القطع فاذا سرى علم انه كان قتلا لا قطعا وانما لا يجب القصاص بشبهة العفو ولو
عفى المقطوع القاطع عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه فمات فهو عفو عن النفس
لان الجناية اسم جنس فالعفو عنها عن القطع والنفس جميعا واما العفو عن القطع وما يحدث منه
فصريح فالخطأ يعتبر من ثلث ماله اى اذا كان القطع خطأ وقد عفى عن الجناية او عن القطع
وما يحدث عنه فمات فهو عفو عن الدية ويعتبر من الثلث لان الدية مال وحق الورثة متعلق بها و
العفو وصية فيصح من الثلث والعمد معتبر عن كله اى كل المال لان القطع اذا كان عمدا فموجبه
القود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه عن الكمال وحق القود يثبت
بطريق الخلافة ابتداء للورثة لا ارثا اى القود غير موروث لانه يثبت بعد الموت ابتداء عند ابي حنيفة
لتشفى صدور الورثة اذ الميت ليس باهل للتشفى والقصاص ملك الفعل فى المحل ولا يتصور الفعل من الميت لان الميت
ليس اهلا لان يملك شيئا الا ما له حاجة اليه كالمال مثلا وطريق ثبوت القود الخلافة عنده وعندهما طريق ثبوته
الوراثة والفرق بينهما ان الوراثة يستدعى ثبوت الملك للمورث ثم الانتقال منه الى الوارث والخلافة
لا يستدعى ذلك فالمراد بالخلافة ههنا ان يقوم شخص مقام غيره فى اقامة فعله ففى
القتل اذا تعدى القاتل على المقتول فالحق ان يقتص المقتول القاتل لكنه عاجز عن اقامته
فالورثة اقاموا مقامه من غير ان المقتول ملكه اولا ثم انتقل منه الى الورثة واذا ثبت هذا الاصل
فرع عليه قوله فلا يصير احدهم اى احد الورثة خصما عن البقية فى اثبات حقهم بغير وكالة فان
كل ما يملكه الورثة وراثة فاحدهم خصم عن الباقى اى قائم مقام الباقين فى الخصومة حتى ان ادعى
احد الورثة شيئا من التركة على احد واقام بينة عليه يثبت حق الجميع فلا يحتاجون الباقون من الورثة
الى تجديد الدعوى واقامة البينة وكذا اذا ادعى احد الورثة شيئا من التركة واقام البينة عليه
ثبت على الجميع حتى لا يحتاج المدعى الى ان يدعى على كل واحد وما يملكه الورثة لا بطريق

الورثة لا يصير احدهم خصما عن الباقين ففرع على هذا قوله فلو اقام احد الاخوين حجة
تقتل ابيه غائبا اخوه فحضر الاخ الغائب يعيدها اى البينة وهذا عند ابيحنيفة خلافا لهما
وفي القتل الخطأ والدين لا يعيد البينة اى ان كان القتل خطأ لا يحتاج الى اعادة البينة لان
موجبه المال وطريق ثبوته الميراث وكذا في الدين اذا اقام احد الورثة بينة ان لابيه على
فلان كذا فحضر الباقي لا يحتاج الى اقامة البينة ثانيا كما ذكرنا ومن رمى سهما كان العبرة في
الضمان بحال الرمي لان الضمان انما يجب بالجناية وانما يصير شخص جانيا بفعل يدخل
تحت اختياره وهو الرمي لا حال الوصول واصابة السهم فيجب الدية على من رمى مسلما فارتد
المرمي اليه فوصل السهم اليه وهذا عند ابى حنيفة وقالا لا شيء على الرامي لان التلف حصل
في محل لا عصمة له فاتلاف غير المعصوم هدر ولابيحنيفة ان الرامي انما يصير قاتلا بالرمي
لان الرمي فعله والمرمي اليه وقت الرمي معصوم متقوم لكن لا يجب القصاص لاعتبار حالة
التلف لانه يصير شبهة في سقوط القود فيجب الدية

كتاب الديات

جمع دية الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس
ثم قيل بذلك المال دية تسمية بالمصدر وفاءها محذوفة كما في عدة وتركيبها يدل على
معنى الجري والخروج ومنه الوادي ومقدار ذلك المال من الذهب الف دينار لما
روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دية كل ذي عهد في عهده الف دينار
وعليه الاجماع ومن الفضة عشرة الاف درهم وقال مالك والشافعي اثنا عشر الفا ومن
الابل مائة وللقاتل الخيار يؤدي اى نوع شاء من الانواع الثلثة ولا يثبت الدية الا من
هذه الانواع الثلثة عند ابيحنيفة وعندهما منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة
ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ازار ورداء وهو المختار وقيل في زماننا قميص
وسراويل وهذه المائة من الابل في شبه العمد ارباع عند ابيحنيفة وابي يوسف رح خمس
وعشرون من بنت مخاض اى التي تمت عليها حول وخمس وعشرون بنت لبون وهي التي تمت عليها

عقب بالجنايات لان الديات احد موجبي الجنايات ... (حاشية يدوية في الهوامش، غير واضحة)

حولان وخمس وعشرون من حقة هي التي تمت عليها ثلث سنين وخمس وعشرون من جذعة
وهي التي تمت عليها اربع سنين وعند محمد والشافعي رح ثلثون حقة وثلثون جذعة واربعون
ثنية كلها خلفة في بطونها اولادها والثنية التي تمت عليها خمس سنين والخلفة هي التي
في بطونها ولد مضت عليه ستة اشهر وهي اي هذه الدية من الابل هي الدية المغلظة
ومعنى التغليظ ان يوجب شيئا فيه لا يجب في الخطا والتغليظ مختلفا فيه بين الصحابة
ونحن ناخذ بقول ابن مسعود فان قضى بالدية في غير الابل لم تغلظ وهذه اي المائة
من دية الابل في قتل الخطا اخماس منها اي من الاربعة المذكورة يعني عشرون من
بنت مخاض وعشرون من بنت لبون وعشرون حقة وعشرون من جذعة و
عشرون من ابن مخاض هو الذي تمت عليه سنة وقال الشافعي رح عشرون ابن لبون
مكان ابن مخاض وكفارتهما اي كفارة شبه العمد والخطا عتق انسان مؤمن ذكرا كان او انثى
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وعن بعض اصحابنا انه لا كفارة في شبه العمد عند ابي حنيفة رح
والصحيح هو الاول فان عجز عن العتق صام شهرين ولاء لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين والاطعام غير مشروع فيه لانه غير منصوص عليه واثبات الابدال بالرأي
لا يجوز وصح عن الكفارة صبي رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم بتبعية خير الابوين دينا
لا يصح الجنين لانه عضو من وجه ولم يعرف حيوته وسلامته وللمرأة نصف الرجل في دية
النفس وما دونها حتى يجب في قتل المرأة خطأ خمسة الاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة
هكذا روى عن علي رض وعن زيد بن ثابت رض ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونها لا يتنصف
وبه قال الشافعي والذمي والمستامن كالمسلم في الدية وقال الشافعي رح دية الكتابي
اربعة الاف درهم ودية المجوسي ثلثمائة درهم وقال مالك رح دية الكتابي ستة الاف
وهو قول الشافعي رح ففي قطع الانف كل الدية وكذا لو قطع المارن او القصبة
لا يزاد على الدية الواحدة والاصل انه اذا فوت جنس المنفعة على الكمال او ازال

قهستاني ٥٢ جذعة واربعون كلها خلفة ثلثون محمد ففي ثلاث كما عند الشيخين والاصل عن الامام التخيير في الابل دون الاولين والتغليظ في نوع واحد دون العدد فلا يزاد عليها لا ويقال لها المغلظة لوجوبها من حيث السن

اي اعتاق رقبة كاملة وفيه اشارة الى ان المعتق يجب ان يكون سالم الاطراف من العيوب واليد والرجل وغيرها الى الرضيع لا الجنين كما ياتي التصريح به مؤمنة لا كافرة بخلاف ساير الكفارات ١٢

قهستاني ٥٣ اي وفي ارش ما دون النفس كما ياتي الاثر ففي قتل المرأة خطأ خمسة آلاف وفي قطع يدها الفان وخمسمائة مقدرة وما دونها اذا كان لم يبلغ ... منهم من قال كالمقدرة وقال ...

نهاية ... لقوله عليه السلام ... دية اليهودي والنصراني ... اثنا عشر الفا ...

وعن علي ... ابن عباس ...

جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لانه اتلاف للنفس من وجه واتلاف النفس من وجه ملحق باتلاف النفس من كل وجه تعظيما للآدمي ففي الانف كل الدية لانه ازال جماله على الكمال لان كل جمال الوجه به فصارت النفس كانها هالكة وكذا في الحشفة كل الدية لانها الاصل في حقيقة الايلاج والدفق والقضيبة تابعة ففي العقل كل الدية لان العقل من اعظم ما يختص به الآدمي وفي احدى الحواس الخمسة كالسمع والبصر والذوق والشم واللمس كل الدية لان كل واحد منها منفعة مقصودة فقد روي عن عمر رض انه قضى باربع ديات لرجل على رجل بضربة واحدة على الراس ذهب بها عقله وبصره وسمعه ومنفعة ذوقه وكذا في اللسان كل الدية ان منع النطق او اداء اكثر الحروف وكذا في قطع بعض اللسان اذا منع الكلام الدية ولو قدر على التكلم ببعض الحروف وقيل يقسم على عدد الحروف وقيل يقسم على عدد حروف يتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر يجب وقيل ان قدر على اداء اكثر الحروف يجب حكومة عدل ففي اللحية اذا حلق ولم ينبت سنة كل الدية وكذا في شعر الراس اذا حلقت ولم ينبت سنة كل الدية فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت لا شئ فيه وتكلموا في لحية الكوسج والاصل انه اذا كان على ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقها شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الذقن والخد جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل واذا كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه ليس لفعل الجاني اثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى اثرها ولكنه يودب على ذلك وقال مالك والشافعي يجب في اللحية وشعر الراس حكومة عدل كما يجب كل الدية في اثنين مما يوجد في البدن اثنان ففي العينين او اليدين او الحاجبين او اللحيين او الاليتين او الرجلين او الاذنين او الشفتين او ثدي المرأة كل الدية وفي احدها نصفها وقال مالك والشافعي يجب في الحاجبين حكومة عدل وكذا يجب كل الدية في اشفار العينين اذا لم تنبتا وفي احدها

اي احد الاشفار ربعها اي ربع الدية ثم يحتمل ان يراد بالاشفار الاهداب مجازا ويحتمل ان يراد بها منابت الشعر والحكم فيها هكذا ولو قطع الجفون باهدابها يجب دية واحدة لان الاهداب والجفون كشيء واحد فصار كالمارن مع القصبة ويجب في قطع اصابع اليدين او الرجلين كل الدية وفي كل اصبع من اليد والرجل عشرها وفي كل مفصل من الاصابع غير الابهام ثلثه اي ثلث عشر الدية وفيه اي كل مفصل من الابهام نصفه اي نصف عشر الدية كما في كل سن فان فيه نصف عشر دية ايضا لقوله عليه الصلوة والسلام في كل سن خمس من الابل ولهذا استغنى عن بيان الحكمة في وجوب نصف العشر مع عدد الاسنان اثنان وثلثون وكل عضو ذهب نفعه بضرب كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوءها ففيه دية اي دية ذلك العضو لان الحكم منوط اي متعلق بتفويت جنس المنفعة لا بتفويت الصورة ولا قود في الشجة لانه لا يمكن ضبط المماثلة فيها الا في الموضحة اذا كانت عمدا الموضحة الشجة التي تظهر العظم واعتبار المماثلة فيها ممكن بان ينتهي السكين الى العظم وعن محمد يجب القود فيما قبل الموضحة بان يسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك ويقطع بها مقدار ما قطع وفيها اي اذا كانت خطا نصف عشر الدية وفي الهاشمة خطا او عمدا وهي التي تكسر العظم من الهشم وهو كسر الشيء عشرها وفي المنقلة هي التي تنقل العظم اي تحوله بعد الكسر عشر ونصفه اي نصف العشر وفي الامة وهي التي وصلت الى ام الدماغ وهو الجلد الذي فيها الدماغ وفي الجائفة وهي الجراحة التي وصلت الى الجوف ثلثها وفي جائفة نفذت الى جانب اخر ثلثاها لانها بمنزلة الجائفتين و في الحارصة هي التي تحرص الجلد اي تشقه وتخدشه وفي الدامعة هي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة هي تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تشق اللحم دون العظم ثم يتلاحم بعد شقها اي يتلاحم ويتلاصق والسمحاق وهي رقيقة فوق القحف اذا انتهت اليها الشجة سميت سمحاقا حكومة عدل اختلفوا في تفسير حكومة العدل قال الطحاوي فيقوم المجني عليه لو فرض انه كان عبدا بلا هذا الاثر ثم

يقوم معه مع هذا الاثر فقدر التفاوة بين القيمتين هو اى قدر التفاوة هي حكومة
عدل فان كان من غير الجراحة يبلغ قيمته الفا مثلا ومع الجراحة يبلغ قيمته تسعمائة علم ان
الجراحة اوجبت نقصان عشر قيمته فوجب عشر الدية وبهذا القول اخذ شمس الائمة السرخسي وبه يفتى
وقال الكرخي ينظر مقدار هذا الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية ويجب
فى اصابع يد واحدة مع نصف الساعد نصف الدية للاصابع وحكومة عدل لنصف الساعد
وهذا قول ابى حنيفة ومحمد رح وهو رواية عن ابى يوسف رح وعنه انه
ما زاد على اصابع اليد والرجل الى المنكب والفخذ فهو تبع والكف تابع للاصابع
والعبرة للاصابع فان قطع الاصابع الخمس يجب نصف الدية فان قطعها مع الكف
يجب ايضا نصف الدية وفى اصبع زائدة حكومة عدل سواء كان عمدا او خطأ
وسواء كان للقاطع اصبع زائدة او لا لانه لا منفعة فيه ولا زينة فلا يجب ارش
مقدر ولكنه جزء من الادمى فلم يمكن اهداره فيجب حكومة عدل تعظيما للادمى
وفى عين صبى ولسانه وذكره حكومة عدل لو لم يعلم الصحة اى صحة هذه
الاعضاء بما دل على نظره اى نظر الصبى وكلامه وحركة ذكره هذا عندنا
وعند الشافعى رح يجب الدية كاملة واذا علم صحة هذه الاعضاء فالواجب دية
كاملة اتفاقا ولا يقاد جرح الا بعد برء لان المعتبر فى الجنايات مآلها لان حكمها فى
الحال غير معلوم فربما يسري الى النفس فيكون قتلا فما لم يستقر على شئ من البرء او
الهلاك لم يدر انها اى جناية وقال الشافعى يقتص منه فى الحال وعمد الصبى والمجنون
خطأ لان العمد لا يتحقق منهما لانه ينبئ على العلم وهو بالعقل ولا عقل للمجنون وفى عقل
الصبى قصور وعلى العاقلة ديته اذا بلغت خمسمائة درهم وان كان اقل من خمسمائة ففى مالهما
لان ما دون خمسمائة لا يتحمل العاقلة لانه فى معنى ضمان المال بلا كفارة وحرمان الارث
لان حرمان الارث شرع عقوبة وفى الكفارة ايضا معنى العقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة

الشافعي رح عمد الصبي والمجنون عمد حتى يجب الدية في ماله ومن ضرب بطن امراة حرة يجب غرة
هي في الاصل خيار المال والمراد هنا خمسمائة درهم اي نصف عشر دية الرجل وعشر دية المرأة وعند
مالك والشافعي يجب قدر ستمائة درهم على عاقلة الضارب وقال مالك رح يجب الدية في مال الضارب
ان القت المرأة جنينا ميتا ذكرا كان الجنين او انثى اذ لا تفاوت في الجنين الحر بين الذكر والانثى
فيجب في الذكر نصف عشر دية الرجل وفي الانثى عشر دية الانثى فيجب الدية كاملة ان القت جنينا
حيا فمات لان الظاهر انه مات بسبب الضرب ويجب غرة بسبب الجنين ودية كاملة بقتل الام ان
القت جنينا ميتا فماتت الام ويجب دية الام فقط ولا شيء في الجنين ان ماتت الام فالقت جنينا
ميتا وانما لا يجب في الجنين لانه يحتمل ان لا يكون موته بالضرب بل بسبب اختناقه بعد موت
الام قال الشافعي يجب الغرة ايضا ويجب ديتان ان ماتت الام من الضرب فالقت جنينا حيا
فمات لانه قاتل شخصين وما يجب في الجنين من البدل فهو لورثته وقال الشافعي رح يكون لامه
سوى ضاربه حتى لو ضرب رجل بطن امرأة فالقت ابنه فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث ابوه منه
لانه قاتل بغير حق ولا يرث القاتل ويجب في جنين الامة نصف عشر قيمته في الذكر لو فرض حيا و
وعشر قيمته في الانثى لو فرضت حية بيانه هذا انه يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته
لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فان كان ذكرا يجب نصف عشر قيمته وان كان انثى يجب عشر قيمته
فان قيل فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمتها اذا كان انثى اكثر من نصف عشر قيمته ان كان ذكرا
وفي الديات يفضل الذكر على الانثى ولا يفضل الانثى على الذكر قلنا هذا تسوية في الحقيقة والتسوية
جائزة هنا بالاتفاق وهذا لان القيمة هناك كالدية ودية الانثى على النصف من دية الذكر
فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت الحال بتفاوت
المالية وهذا يكون في المنفصل لا في الاجنبية لانه لا مالية له لكنه في الجنين انما يجب ضمان الجنين
باعتبار قطع النشو والانثى في معنى النشو تساوي الذكور بل يكون الانثى اسرع نشوا كما بعد الانفصال
فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر لو تصور ثمه وجوب البدل في الامة قول ابي حنيفة رح

ومحمد رح وهو الظاهر من قول ابي يوسف رح عنه انه لا يجب في جنين الانثى شئ وانما يجب نقصان
الام ان تمكن فيها نقصان وان لم يتمكن فلا يجب شئ كما في جنين البهيمة وقال الشافعي يجب في الجنين
عشر قيمة الام ذكرا او انثى وما اي جنين استبان بعض خلقه كالظفر والشعر مثلا كالتام
خلقه في جميع هذه الاحكام لانه ولد في حق النفاس ومضي العدة وامومية الولد وكذا في
حق وجوب الغرة وضمن الغرة عاقلة امرأة اسقطت جنينا ميتا عمدا بدواء شربت
او عالجت به فرجها او فعل كضرب بطن بنفسها متعمدا بلا اذن زوجها وان فعلت باذنه
فلا يجب شئ **فصل** فيما يحدث في الطريق من اخذ في طريق العامة كنيفا هو
المستراح او ميزابا او جرصنا هو البرج وقيل مجرى ماء تركب في الحائط وعن الامام
البزدوي هو جذع يخرج من الحائط يبنى عليه او دكانا وسعه اي يجوز له ذلك وان
لم ينتفع به ان لم يضر بالناس ولكل واحد من اهل الطريق نقضه وان لم يضر فالحاصل
اذا اضر بالناس لا يجوز ذلك وان لم يضر يجوز ولكن مع ذلك لكل واحد نقضه لانه تصرف
في مشترك فلكل نقضه كما في الملك المشترك مع انه لم يضر وفي طريق غير نافذ لا يسعه
ذلك بلا اذن الشركاء وان لم يضر بهم وضمن عاقلته اي عاقلة من احدث دية من مات بسقوطها
اي الكنيف والميزاب والجرصن ونحوها لانه سبب الهلاك كما لو وضع حجرا وحفر بيرا في
الطريق فتلف به اي بالحجر او بالبير نفس فانه يضمن عاقلته دية المتلف لا يضمن العاقلة
ان مات الواقع في البير جوعا او غما هذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ان مات
جوعا فكذلك اي كما قال ابو حنيفة وان مات غما يجب الضمان لان الغم سبب
الوقوع اذ المراد بالغم هنا الاحتباس من هواء البير وقال محمد يجب الضمان في الوجوه
كلها وان تلف به بهيمة ضمن هو اي واضع الحجر او حافر البير لان العاقلة يتحمل
النفس لا المال ان لم ياذن به الامام اي انما يجب الضمان في احداث الكنيف والميزاب
والجرصن والدكان ووضع الحجر وحفر البير في طريق

العامة اذا كان بغير اذن الامام اما اذا احدث ذلك باذن الامام فلا ضمان لان للامام
ولاية عامة ورب حائط مائل الى طريق العامة وطلب نقضه اى نقض الحائط مسلم
او ذمى وصورة الطلب ان يقول حائطك هذا مائل فاهدمه ممن يملك نقضه كالراهن
فانه يملك نقضه بفك رهنه والولى للطفل والوصى حتى لو مال الحائط الصغير
فاشهد على ابيه او وصيه فسقط واتلف شيئا فالضمان فى مال الصغير والمكاتب لان له
ولاية النقض والعبد التاجر سواء كان عليه دين او لا لتمكنه من هدم الحائط فلم
ينقض الحائط فى مدة يمكن نقضه ضمن خبر لقوله ورب حائط ما لا تلف به اى بالحائط
وضمن عاقلة النفس وعند الشافعى رح لا يضمن وهو القياس لانه لم يوجد منه
صنع هو تعد وجه الاستحسان انه اذا مال الى الطريق فقد شغل هواء الطريق
بحائط ورفعه بيده فاذا طولب بالنقض ولم يفرغ الهواء صار جانيا فان قيل قد شرط
القوم الاشهاد فى التضمين حتى قالوا صورة الاشهاد اشهدوا انى قد تقدمت الى
هذا الرجل فى هدم الحائط هذا فلم اهمله المصنف قلنا الشرط هو الطلب والاشهاد
ليس بشرط حتى لو طولب من غير اشهاد وهو يقر بالطلب يضمن هكذا قيل ولكن على هذا
ينبغى ان لا يشترط الاشهاد فى اخذ الابق وينبغى ان مولى الابق يضمن لو اقر ان الاخذ
اخذه للرد فيجب الجعل ولا يضمن من طلب منه نقض حائط فباع الحائط وقبضه
المشترى فسقط الحائط فانه يبرأ البائع عن ضمانه ولا ضمان على المشترى لانه لم
يطلب منه النقض فان طلب منه فهو ضامن او طلب ممن لا يملك النقض وهو كالمودع
ونحوه مثل المرتهن والمستاجر وساكن الدار لانهم لا يتمكنون من نقضه وان مال
الحائط الى دار رجل فله الطلب خاصة لان الحق له دون غيره وان بنى الحائط
مائلا ابتداء ضمن ما سقط عليه بلا طلب لانه متعد فى شغل هواء بطريق ببنائه
وان كان الحائط المائل مشتركا بين خمسة مثلا وطلب احد الشركاء نقض الحائط

فسقط وتلف به مال او نفس فالضمان بالحصة اى يضمن الذى طلب منه النقض خمس
المال في تلف المال وضمن العاقلة خمس الدية في تلف النفس او كانت دار مشتركة بين الثلثة
مثلا وحفر احدهم في دار مشتركة بئرا بغير اذن صاحبيه فتلف به مال او نفس فالضمان بالحصة
اى ضمن الحافر ثلثى المال في تلف المال وضمن عاقلته ثلثى الدية في تلف النفس وهذا عند
ابى حنيفة وقالا يجب الضمان نصفين في المسئلتين لان ما تلف بنصيب من طلب منه
النقض في المسئلة الاولى معتبر وما تلف بنصيب من لم يطلب منه هدر فجعل قسمين
وما تلف بالحفر في نصيبه في المسئلة الثانية غير معتبر وما تلف في نصيب في الحفر
غيره معتبر فانقسم نصفين ولسان الطلب وقع في الخمس في المسئلة الاولى ولم يقع
في اربعة الاخماس فيجب الضمان بقدر الطلب والحفر في المسئلة الثانية وقع في ملكه
وملك غيره فما وقع في ملكه وهو الثلث فالحافر فيه غير متعد فلا يجب الضمان وما وقع
في ملك غيره وهو الثلثان فالحافر فيه متعد فيجب الضمان بقدر التعدى **فصل**
في جناية البهيمة ضمن الراكب ما تلفه دابته بان وطئت الدابة او اصابت برجلها او
بيدها او اصابت برأسها او كدمت اى عضت بمقدم اسنانها او صدمت اى ضربت
بجسدها لان الاحتراز عن هذه الاشياء ممكن للراكب لا ما نفحت اى ما ضربت يقال
نفحت الدابة اى ضربت بحد حافرها برجلها او ذنبها في حال سيرها لانه لا يمكن الاحتراز عن
النفحة في حالة السير وعند الشافعي يضمن بالنفحة وان اوقفها في الطريق ضمن بالنفحة
عندنا ايضا او تلفت بما راثت او بالت في الطريق سائرة لان التحرز عنه غير ممكن
او اوقفها لذلك اى للروث والبول فانه لا يضمن ايضا ما تلفت بما راثت
او بالت لان بعض الدواب لا يفعل ذلك الا بعد الوقوف وان اوقفها بغير ذلك
يضمن لانه متعد بالايقاف وذكر في المغرب لا يقال اوقفه الا في لغة ردية او اصابت
بيدها او رجلها حصاة او حجرا صغيرا او نحوه كالغبار والنواة ففقأ به عينا لم يضمن

ايضا لان الاحتراز عنه متعذر وضمن بالكبير لان التحرز عنه غير متعذر قيل الكبير هو الذي يراه الراكب من غير تكلف والسائق والقائد كالراكب اي ان كان مكان الراكب سائق او قائد يضمن ما ضمنه الراكب الا ان الكفارة اي كفارة القتل ان تلف نفس عليه اي على الراكب فقط لا على السائق والقائد والراكب يحرم من الميراث لا السائق والقائد لان القتل انما حصل بثقل الراكب اما فعل السائق والقائد فتسبيب الى القتل والكفارة جزاء الفعل فلا يجب بالتسبيب ولو اصطدم فارسان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الاخر وقال زفر رح والشافعي يضمن كل نصف دية الاخر لان هلاكه بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه قلنا كل واحد منهما مباح والمباح في حق نفسه لا يضاف اليه الهلاك وفي حق غيره يضاف اليه الهلاك كالنائم اذا انقلب على غيره وان ارسل كلبا فاصاب شيئا فاتلف في فوره ضمن المرسل ان ساقه بان مشى خلفه لان الكلب محمول على الاتلاف من جهة المرسل السائق فاضيف فعله اليه فكان الكلب آلة الاتلاف وان لم يسق الكلب لا يضمن لان الكلب عامل باختياره ولا يضاف الاتلاف الى المرسل لانه انقطع عنه فعل المرسل وان ارسل طيرا فاصاب واتلف شيئا لا يضمن في الطير سواء ساقه او لم يسقه اما اذا لم يسقه فظاهر لانه فاعل مختار وانقطع عنه فعل المرسل واما ان ساقه فلان الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فان قيل نعم بدون الطير لا يحتمل السوق بالضرب لكن يحتمل بالزجر والصياح قلنا الزجر والصياح غير معتبر في باب التضمين الا ترى انه لو ارسل الكلب وزجره وصاح عليه ولكنه لم يسقط لم يضمن انما اعتبر الزجر والصياح في حل الصيد للضرورة لان للناس حاجة الى الاصطياد ولا طريق سوى الارسال والزجر ولا ضرورة في حق الضمان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله وكذا الدابة المنفلتة اذا اصابت فاتلفت مالا او نفسا لا يضمن صاحبها لانه لم يوجد منه ما يوجب نسبة الاتلاف اليه من الارسال والسوق ونحوهما وان سار الرجل على الدابة في الطريق ونخسها رجل بلا اذن الراكب فضربت بيدها او رجلها او نفرت وصدمت وقتلها او نفحت ثم اجتمع فعل الراكب والناخس مع هذا اضر هو اي

الناخس ما تلف بالضرب والصدم حتى النفحة ولا يضمن الراكب لان الناخس متعد في فعله والراكب
غير متعد في فعله فيضمن المتعدي وعن ابي يوسف يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين ويجب في
فقاء عين شاة القصاب ما نقص الفقاء في عينها لان المقصود من الشاة هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان
والقصاب ليس بقيد ووضع المسئلة فيها لظهور ان المقصود منها هو اللحم وكذا من كل شاة
واما في فقاء عين البقرة والجزور كان للقصاب او لغيره وعين الحمار والبغل والفرس فالواجب ربع
القيمة وقال الشافعي رح الواجب فيها النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ان الشاة لا تعمل بل ينتفع
بها كما ينتفع بالامتعة فوجب النقصان من غير تقدير فاما ما عددناه من البهائم فهي عاملة ولا يمكن
اقامة العمل بها الا باربعة اعين عيناها وعينا من يستعملها فكانها ذات اربعة اعين فوجب ربع
القيمة بفوات احدها **فصل** في جناية الرقيق والجناية عليه ان جنى عبد جناية خطأ نفسا
بالخيار ان شاء دفعه سيده بها اي بالجناية وان شاء فداه بارشها حالا وامسك عبده عندنا
وقال الشافعي رح جنايته في رقبته يباع فيه الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الخلاف في اتباع الجاني بعد
العتق فعندنا اذا اعتق المولى بعد العلم بالجناية كان مختارا للفداء وعنده لا يطالب المولى بعد العتق
بل يطالب العبد واعلم ان التقييد بالخطاء ههنا انما يفيد في جناية العبد في النفس لانه اذا كان
عمدا يجب القصاص واما فيما دون النفس فلا يفيد التقييد بالخطاء لان خطأ العبد وعمده
فيما دون النفس سواء يوجب المال في الحالين لان القصاص لا يجري بين العبدين ولا بين
العبد والحر فيما دون النفس فان وهبه اي وهب سيد العبد الجاني او باعه واعتقه او
دبره او استولدها اي الامة الجانية والحال ان السيد لم يعلم بها اي بالجناية ضمن السيد الاقل من
من قيمة العبد ومن الارش لان السيد قبل هذه التصرفات مخير بين الدفع والفداء وفوت عليه الدفع
بهذه التصرفات ولم يصر مختارا للفداء لعدم العلم بالجناية فقامت القيمة مقام العبد فيضمن الاقل
من القيمة ومن الارش وانما يضمن الاقل لان حق ولي الجناية في الاقل ولا معنى لتخيير السيد بين الاقل
والاكثر وان علم بالجناية غرم الارش لانه فوت عليه دفع العبد بهذه التصرفات فصار

مختار للارش ضرورة من قتل عبدا خطأ يجب عليه قيمته لا بدية العبد قيمة ولكن
لا يزاد على عشرة آلاف فان بلغت هي اي قيمة العبد دية الحر اي عشرة آلاف درهم وبلغت قيمة
الامة دية الحرة اي خمسة آلاف درهم نقص من كل واحد من القيمتين عشرة دراهم فيقضي في العبد
بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفي الامة بخمسة آلاف درهم الا عشرة في اظهر الروايتين وفي رواية الا خمسة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يجب قيمته بالغة ما بلغت وفي ضمان
الغصب اي ان غصب عبدا او امة قيمته عشرون الفا فهلك في يده يجب قيمته ما كانت اي
بالغة ما بلغت هذا بالاجماع وكل ما قدر من دية الحر قدر من قيمته اي قيمة العبد لان القيمة
في العبد كالدية في الحر ففي يد العبد يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح وفي فقاء عيني
العبد ان شاء سيده دفعه اي العبد الى الفاقي واخذ قيمته منه او ان شاء امسكه
اي العبد بلا اخذ النقصان هذا عند ابي حنيفة وقالا ان شاء اخذ قيمته ودفع رقبته الى
الفاقي وان شاء امسكه وضمن ما نقصه وقال الشافعي يمسكه وياخذ كل القيمة وان جنى مدبر او ام ولد
جناية ضمن السيد الاقل من قيمته اي قيمة احدهما ومن الارش لان الاصل وجوب الدفع
بالجناية وقد تعذر بسبب من جهة المولى ولا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى
في اكثر من القيمة فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى الى ولي الجناية الاولى بقضاء فلا شيء
على المولى ويشارك ولي الجناية الثانية ولي الجناية الاولى في قيمة دفعت اليه اي ولي الجناية
الاولى بقضاء اذ ليس في جناياته اي في جنايات المدبر او ام الولد الا قيمة واحدة حتى لو اعتقه المولى
وعليه جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة وولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع ولي الجناية
الاولى ان دفعت القيمة بلا قضاء هذا عند ابي حنيفة وقالا لا يتبع الا السيد ويتبع الاول سواء كان القيمة
دفع بلا قضاء او بغير قضاء لانه حين دفع الى الاول لم يكن جناية الثانية موجودة فلا يضمن له
شيئا وله ان القيمة تجب على السيد باعتبار منع الرقبة وانما منعها بالتدبير السابق مثلا وذلك
في حق اولياء الجنايتين سواء فيجعل في حق اولياء الجنايتين كان دفع القيمة بعد وجودهما

هناك ان دفع كل القيمة الى احدهما بقضاء لم يضمن للثاني وان دفع بغير قضاء كان للثاني
الخيار فهذا مثله ومن غصب صبيا غير بالغ حرا لا يعبر عن نفسه فمات معه اي مع الغاصب فجاءة
او بحمى لم يضمن وان مات الصبي بصاعقة او نهش حية ضمن عاقلته الدية استحسانا والقياس
ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رح لان غصب الحر لا يتحقق وجه الاستحسان انه يضمن
بالاتلاف لا بالغصب لان نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق تسبيب للتلف لانها لا يكون في كل
مكان بخلاف الموت بالحمى والفجاءة لانه يكون في كل الاماكن حتى لو نقل الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض
يضمنه واما اذا كان صبي عبر عن نفسه لا يضمن لانه لا يثبت يد الآخذ عليه حكما لانه يعارض
بلسانه كما في صبي ودع عبدا فقتله اي قتل الصبي العبد فانه يضمن عاقلة الصبي قيمة العبد فان
اتلف الصبي مالا بلا ايداع ضمن الصبي لا عاقلته وان اتلف صبي مالا بعده اي بعد الايداع عنده
لا يضمن هذا عند ابي حنيفة ومحمد ويضمن عند ابي يوسف والشافعي رح لانه اتلف مالا
معصوما ولابي حنيفة ومحمد ان الاتلاف حصل عن تسليطه عرفا اذ من عادة الصبيان اتلاف المال
فلما اودع المال عند الصبي كانه اذنه باتلافه فلا يضمن بخلاف ما اذا كان الوديعة عبدا لانه
معصوم بحق الآدمية اذ العبد مبقي على اصل الحرية في حق الدم فلا يجوز للمالك تمليك غيره من اتلافه
كما انه ليس للمالك ولاية الاتلاف واما سائر الاموال فللمالك ان يتلفها فيجوز له تسليط غيره على الاتلاف

فصل في القسامة

هي من القسم بمعنى اليمين يقال اقسم بالله اقساما وقولهم حكم القاضي
بالقسامة اسم منه وضع موضع الاقسام ثم قيل للذين يقسمون قسامة وقيل هي الايمان التي يقسم
اهل المحلة الذين وجد القتيل فيهم ميت به جرح او اثر ضرب او خنق او خروج دم من اذنه
او عينه وجد في محلة او وجد اكثره او نصفه مع رأسه لا يعلم قاتله وادعى وليه اي ولي
الميت القتل عمدا او خطأ على اهلها اي اهل المحلة او ادعى على بعضهم غير معين حلف خمسون رجلا
حرا مكلفا منهم يختارهم اي الخمسين الولي لان اليمين حقه وكيفية اليمين بالله ما قتلناه ولا علمنا له
قاتلا ولا يحلف الولي لان البينة على المدعي واليمين على من انكر والولي هو المدعي فلا حلف ثم اذا حلفوا عليه

برأوا عن القصاص ثم قضى على اهلها بالدية اي دية الميت فقوله ميت مبتدأ وحلف خبره
ثم قضى عليه فالالف واللام في الدية يقوم مقام الضمير يعود الى المبتدأ وذكر في المبسوط في ظاهر
الرواية القسامة على اهل المحلة والدية على عواقلهم وما وقع في اكثر النسخ واذا حلفوا قضى
على اهل المحلة بالدية فيحتمل ان يراد به على عاقلة اهل المحلة هذا عندنا وعند الشافعي
ان كان هناك لوث اي علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعي
من عداوة ظاهرة او شهادة واحد او جماعة غير عدل ان اهل المحلة قتلوه استحلف
الاولياء خمسين يمينا ان اهل المحلة قتلوه ثم قضى بالدية على المدعى عليه سواء كانت
الدعوى بالعمد او بالخطأ وقال مالك رح يقضى بالقود ان كان الدعوى بالعمد وهو احد
قولي الشافعي رح وان لم يكن هناك لوث حلف اهل المحلة على نحو ما قلنا وان ادعى الولي القتل
على واحد من غيرهم اي غير اهل المحلة سقط القسامة عنهم اما اذا ادعى على واحد منهم اي
من اهل المحلة بعينه لم يسقط القسامة عنهم فان لم يكن الخمسين رجلا فيها اي في المحلة كرر
الحلف عليهم الى ان يتم خمسين يمينا وان كان العدد كاملا اي خمسين رجلا فاراد الولي ان يكون على
واحد منهم لم يكن له ذلك لانه انما يصار الى التكرار للضرورة ولا ضرورة هنا ومن نكل عن اليمين
حبس حتى يحلف لان اليمين فيه متحقق تعظيما لامر الدم لا قسامة ولا دية ان خرج الدم من
فمه او دبره او ذكره او انفه لان الدم يخرج من هذه المخارق بلا فعل احد وفي قتيل وجد على
دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته اي عاقلة الرجل دون اهل المحلة لان القتيل في يده
فصار كما لو كان في داره والراكب على الدابة والقائد لها كالسائق فالدية على عاقلة الراكب ان كان وحده
وعلى عاقلة القائد ان كان وحده وان اجتمع السائق والراكب والقائد فالدية على عاقلتهم
وقتيل وجد على دابة بين قريتين فالقسامة والدية على اقربهما قيل هذا محمول على ما اذا كانت
بحيث يبلغ اهل المحلة الصوت لانهم قصروا واما اذا كانا بحيث لا يبلغهم الصوت فلا شيء عليهم
وان وجد القتيل في دار رجل يكون عليهم القسامة اي خمسين يمينا لان التدبير في حفظ الدار الى صاحبها

للمالك ويدى عاقلته ان ثبت انها اى الدار له اى الرجل بالحجة حتى لو ثبت بمجرد اليد لا تدى عاقلته وتدى عاقلة ورثته ان وجد القتيل فى دار نفسه هذا عند ابى حنيفة لان الدار حال ظهور القتيل للورثة فالدية على عاقلتهم وعندهما وعند زفر لاشئ فيه قيل والحق هذا لان الدار فى يده حال ظهور القتل فيجعل كانه قتل نفسه فكان هدرا وان كان الدار للورثة فالعاقلة انما يتحملون ما على الورثة تخفيفا لهم فلا يمكن الايجاب على عاقلة الورثة للورثة والقسامة على اهل الخطة اى على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا يملكونها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خط لتمييز انصبائهم دون السكان والمشترين هذا عند ابى حنيفة رح ومحمد لان هذه النصرة على اهل الخطة دون غيرهم وقال ابو يوسف اهل الخطة والمشترون والسكان سواء فى القسامة والدية وقيل ان ابا حنيفة رح قال هذا على ما شاهد بالكوفة من عادة اهلها فى زمانه ان اصحاب الخطة فى كل محلة يقومون بتدبير المحلة لا يشاركهم غيرهم فى ذلك فان باع كلهم اى كل اهل الخطة فعلى المشترين لانه زال من تقدمهم فيدبر اهل المحلة وان وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل اخر وللاخر ما بقى مثلا فالدية على عدد الرؤس لان صاحب القليل والكثير سواء فى الحفظ والتدبير وان وجد فى الفلك فالقسامة والدية على من فيها اى الفلك من الركاب والملاحين وان وجد فى مسجد محلة فالقسامة والدية على اهلها وان وجد فى سوق مملوك يجب على المالك عند ابى حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رح على السكان وان وجد فى سوق غير مملوك او الشارع الاعظم والجامع او السجن لا قسامة لانه لجميع المسلمين ويجب الدية على بيت المال وعند ابى يوسف ان وجد فى السجن فالقسامة والدية على اهل السجن وان وجد فى برية لا عمارة بقربها هدر وتفسير القرب ما مر من استماع الصوت وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت مملوكة لاحد يجب القسامة والدية على عاقلة المالك وان وجد فى ماء يمر به هدر لانه ليس فى يد احد ولا فى ملكه وقال زفر رح على اقرب القرى القسامة والدية ولو كان النهر صغيرا القوم معروفين فالقسامة والدية عليهم ومستحلف قال

قتله زيد مثلا يزاد في حلفه وحلف بالله ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غير زيد مثلا
لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله قتل زيد فلا يقبل قوله فيحلف بهذه الصفة لانه لما اقر بالقتل
على احد مثلا صار مستثنى عن اليمين فيبقى حكم من سواه فيحلف عليه وبطل شهادة بعض اهل المحلة بقتل
غيرهم او بقتل احد منهم هذا عند ابي حنيفة وعندهما اذا شهد بعض اهل المحلة بقتل غيرهم
تقبل هذه الشهادة وفي رجلين في بيت ليس معهما ثالث وجد احدهما قتيلا ضمن الآخر الدية
وعند محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتل نفسه ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فلا
يعتبر هذا التوهم وفي قتيل قرية امرأة اي لو وجد القتيل في قرية امرأة فالقسامة عليها وكرر الحلف
خمسين يمينا والدية على عاقلتها هذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة
ايضا لان القسامة انما يجب على من كان من اهل النصرة فالمرأة ليست من اهل النصرة ولهما
ان القسامة في القتيل باعتبار الملك نفيا لتهمة القتل والمرأة في الملك وتهمة القتل كالرجل
فكانت كالرجل في القسامة **فصل** العاقلة اي جماعة العاقلة وهم الذين يؤدون الدية ماخوذة من العقل
وهو الدية سميت به لانها يعقل اي يمنع الدماء من ان يسفك يقال عقلت القتيل اي اعطيت ديته
والعاقلة اهل الديوان هم اهل الرايات في الجيش الذي كتب اساميهم في الديوان وهو الجريدة
اي القطع من قرطاس الجيش جمعت وجردت من سائرها بوجه من الوجوه من دون الدواوين
وجمعها الولاة والقضاة يقال فلان من اهل الديوان اي ممن يثبت له السهم في الجريدة لمن هو
منهم اي من اهل الديوان وهذا عندنا وعند الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا نسخ بعده ولنا ان عمر رض لما دون الدواوين
فرض العقل على اهل الديوان بحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد وكان ذلك اجماعا منهم وليس
هذا نسخا واجماعا على خلاف ما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فانهم علموا ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم انما قضى على العشيرة باعتبار النصرة وكان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته
ثم لما دون عمر رض الدواوين صار القوة والنصرة بالديوان حتى ان كان القاتل عن قوم بينا صرح

بالقبائل

بالقبائل يعتبر ذلك وان كانوا يتناصرون بالحرفة فعاقلته اهل الحرفة توخذ الدية من عطاياهم
حين خرجت العطايا من الديوان والعاقلة حية وقبيلة لمن ليس منهم اى من اهل الديوان يوخذ
من كل واحد من العاقلة في ثلث سنين ثلثة دراهم او اربعة اى يقسم الدية عليهم في ثلث سنين ولا يوخذ من
كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وذكر القدورى في المختصر يقسم عليهم في ثلث
سنين ولا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة والصحيح هو الاول وعند الشافعي يجب على
كل واحد نصف دينار وان لم يتسع الحي وذلك ان يصيب الرجل اكثر من المقدر ضم اليه
اى الحي اقرب الاحياء نسبا ثم الاقرب فالاقرب كما في العصبات وعلى هذا حكم الرايات
والجيش اذا لم يتسع ذلك ضم اليهم اقرب الرايات نصرة اذا نابتهم نائبة الاقرب فالاقرب وذا
مفوض الى رأى الامام وان لم يتسع الدية الحي وما ضم اليه من اقرب الاحياء نسبا يكون الباقي من
الدية على الجاني لانه اصل في الجناية وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يودى كاحدهم وقال
الشافعي ليس على القاتل شئ من الدية والعاقلة للمعتق حى سيده قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم مولى القوم منهم والعاقلة لمولى الموالات مولاه وحيه اى حى مولاه وفيه خلاف الشافعي و
المعتبر للعاقلة في العجم اهل النصرة سواء كان النصرة بالحرفة او غيرها كالقرب في السكنى في محلة
مثلا ومن لا عاقلة له بان كان لقيطا او نحوه تعطى الدية من بيت المال ان كان بيت المال
مضبوطا في جماعة المسلمين هم من اهل النصرة عن ابيحنيفة ان الدية في ماله والا اى
اى وان لم يكن بيت المال مضبوطا فعلى الجاني الدية ويتحمل العاقلة ما يجب بنفس القتل ابتداء
لا ما يجب بصلح او اقرار لم يصدقه العاقلة لان الاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لانه لا ولاية
له عليهم ولا يتحمل العاقلة ما يجب بقتل عمد سقط قوده بشبهة مثلا اذا قتل مكاتبا عمدا
وترك وفاء وله وارث وسيد كما مر او قتل ابنه عمدا فانه لا قود على الاب ويجب الدية
في ماله لا على العاقلة ولا يتحمل العاقلة جناية عبده خطأ على آخر لان المولى في كونه مخاطبا
بجناية العبد بمنزلة العاقلة فكما لا يتحمل عن العاقلة عواقلهم لا يتحمل جناية

العبد عاقلة مولاه او جناية عمد سواء كانت في النفس او في الاطراف قال النبي عليه الصلوة
والسلام لا يعقل العاقلة عمدا وهذا مغن عن قوله او قتل ابنه عمدا ولا مادون ارش
الموضحة اي اقل من نصف عشر الدية فان نصف العشر ارش الموضحة لانه يتحمل العاقلة للتحرز
عن اجحاف المال ولا اجحاف في القليل بل يجب المال في الصور المذكورة على الجاني في ماله

كتاب الاكراه

هو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريد طبعه والكره
بالفتح اسم منه وفي الشريعة فعل يوقعه المرء بغيره بقال اوقع فلان بفلان ما يسوءه
فيفوت رضاه اي رضاء الغير كما اذا اكره بالحبس والضرب او يفسد به اختياره كما اذا اكره
بالتهديد بالقتل او قطع العضو مع بقاء اهلية المكره فانه لا يزال اهلية المكره بالاكراه ولا
يسقط عنه الخطاب ولا يصير مجبورا على الفعل بحيث لا يكون له اختيار اصلا بل هو اهل التوجه
الخطاب بسبب العقل والبلوغ وله اختيار في الجملة فان الاكراه لا يكون على فعل لا اختيار
للمكره فيه فالاكراه نوعان احدهما ان يكون مفوتا للرضاء وهو ان يكون بالحبس
والضرب والثاني ان يكون مفسدا للاختيار وهو يكون بالتهديد بالقتل او قطع
العضو ففوت الرضاء اعم من فساد الاختيار فان الحبس والضرب يفوت الرضاء
لكن الاختيار الصحيح باق وفي القطع والقتل لا رضاء ولكن الاختيار غير صحيح بل اختياره
فاسد فالرضاء في مقابلة الكراهة والاختيار في مقابلة الجبر ففي الاكراه بالحبس والضرب
لا شك ان الكراهة موجودة فالرضاء معدوم ولكن الاختيار متحقق مع وصف الصحة
لان الاختيار انما يفسد بخوف تلف النفس او العضو لان كل امر فيه تلف احدهما فالامتناع
عنه كان مجبولا في طبيعة جميع الحيوانات فالامتناع عنه وان كان اختيارا بالصورة
قريب من الجبر ففي الاكراه عند خوف تلف النفس والعضو اختيار الامتناع عما فيه مظنة
الهلاك اختيار فاسد لان الانسان عليه مجبول فكان الطبع عليه مخلوقا وشرطه في تحقق الاكراه
قدرة الحامل اي المكره على ايقاع ما هدد به سلطانا كان او لصا والذي قال ابو حنيفة ان الاكراه

لا يتحقق الا من السلطان لان القدرة لا يكون الا من السلطان فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان في زمان ابي حنيفة لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الاكراه فاجاب على ما شاهد في زمانه وفي زمانهما ظهر الفساد فصار الامر الى كل متغلب فتحقق الاكراه من الكل وشرط خوف الفاعل ايقاعه اي المكره ايقاع ما هدد به وذلك بان يغلب على ظن المكره ان المكره يوقع ما هدد به فان غلب ظنه انه لا يفعل به لم يكن اكراها وشرط كون المكره به متلفا نفسا او عضوا وهذا النوع من الاكراه هو الملجي اي المفسد للاختيار او كون المكره موجبا غما يعدم الرضاء كالحبس المديد والضرب المولم وهذا يختلف باختلاف الناس فان الارذال ربما لا يغتمون بالضرب والحبس فالضرب اللين لا يكون اكراها في حقهم بل الضرب المبرح وكذا الحبس الا ان يكون مؤبدا يتضجر منه وذلك على قدر ما يراه الحاكم اذا رفع اليه اما الاشراف فانهم يغتمون بمجرد كلام فيه خشونة فمثل هذا يكون اكراها لهم وشرط كون الفاعل اي المكره ممتنعا عما اي الفعل الذي اكره عليه قبله اما لحقه كبيع ماله او اتلافه او اعتاق عبده او لحق آدمي آخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع كالزنا وشرب الخمر او اكل الميتة فلو اكره بالملجي كالقتل وقطع العضو وضرب يخاف منه التلف على نفسه او عضو من اعضائه او غيره اي غير الملجي كالضرب الشديد والحبس المديد على بيع ماله او نحوه كالشراء سلعة او اجارة داره او على اقرار لرجل بالف مثلا ففعل فهو بالخيار ان شاء فسخ هذه التصرفات لان الاكراه يعدم الرضاء والرضاء شرط لهذه التصرفات وان شاء امضى هذه التصرفات واذا باع مكرها يملكه اي المبيع المشتري ان قبض المبيع لان بيع المكره فاسد لا باطل لان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفوات الوصف وهو الرضا وفي البيع الفاسد يصير المشتري مالكا بالقبض عندنا وعند زفر لا يملك فيصح اعتاقه اي اعتاق المشتري وتدبيره واستيلاده وكل التصرف لا يمكن نقضه ولكن لزمته قيمته اي قيمة المبيع فان قبض البائع بالاكراه ثمنه اي ثمن المبيع طوعا او سلم المبيع طوعا نفذ البيع ولا يبقى للبائع حق الرجوع لان الطوع دليل اجازة البيع ولو اكره على ان ياكل الميتة والدم ولحم الخنزير او شرب الخمر بضرب او حبس

او قيد لم يحل له ذلك لان الالجاء لا يتحقق بها وحل بالملجى وهو تلف النفس او العضو شرب الخمر او اكل الميتة ونحوه مما عددناه لان حرمة هذه الاشياء ثابتة بالشرع في حال الاختيار وقد تحقق الضرورة هنا فالحقت هذه الاشياء بسائر الاطعمة والاشربة ولا يسعه الصبر على ما توعد حتى ان صبر اثم وعن ابي يوسف لا ياثم وهكذا فيمن اصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات يكون اثما وعند ابي يوسف لا ياثم ورخص به اي بالاكراه الملجى اظهار كلمة الكفر فان ظهر ذلك وكان قلبه مطمئنا بالايمان لا يأثم لحديث عمار بن ياسر رض فان المشركين اخذوه ولم يتركوه حتى سب النبي عليه الصلوة والسلام وذكر الهتهم بخير فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم فان عادوا فعد اي ان عادوا الى الاكراه فعد الى طمانية القلب وبالصبر اي ان صبر حتى قتل او قطع عضوه ولم يظهر الكفر اجرا اي كان ماجورا مثابا فان المشركين اخذوا خبيبا وعاقبوه على ان يذكر الهتهم بخير ويسب النبي عليه الصلوة والسلام وهو يسب الهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير فقتلوه فسماه النبي عليه الصلوة والسلام افضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة والفرق بين الكفر والشرب ان شربة الخمر يحل عند الضرورة والكفر لا يحل ابدا فرخص اظهاره مع قيام دليل الحرمة لان التصديق بالقلب باق فلا يفوت حق الله بالكلية ورخص بالاكراه الملجى اتلاف مال مسلم لان حرمة النفس فوق حرمة المال فاستقام ان يجعل اتلاف المال وقاية لحفظ النفس ولكن اخذ مال الغير ظلم فاذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه لله لدفع الظلم فصار مثابا وان اكره على اتلاف مال مسلم بالحبس او الضرب لا يسعه ذلك وضمن المال المتلف الحامل اي المكره بكسر الراء لا المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة والاتلاف من هذا القبيل فكان المكره اخذ المكره واتلف به المال لا يرخص بالاكراه الملجى قتله اي قتل المسلم بل يصبر المكره حتى يقتل فان قتل المسلم كان المكره القاتل اثما ولكن يقاد هو اي الحامل فقط ان كان القتل عمدا عند ابي حنيفة ومحمد لان الفاعل بمنزلة الآلة له وعند زفر يجب القود على المكره لانه هو القاتل وقال ابو يوسف رح لا يجب القود عليهما وقال الشافعي يجب عليهما اما على الفاعل فبالمباشرة واما الحامل فبالتسبب وصح نكاحه اي نكاح المكره وطلاقه وعتاقه وعند الشافعي رح لا

هذه التصرفات ويرجع المكره بقيمة العبد المعتق على المكره الحامل في الاكراه على الاعتاق
لان الاعتاق من حيث انه اتلاف مال يضاف الى الحامل لان الاتلاف فعل يمكن فيه جعل الفاعل آلة
للحامل وان لم يمكن جعل الفاعل آلة في التلفظ بالاعتاق ونصف المسمى اي يرجع المكره بنصف
المسمى في صورة الاكراه بالطلاق ان لم يطأ لان نصف المهر في معرض السقوط بارتدادها او
تقبيلها ابن زوجها فيتأكد بالطلاق قبل الدخول فمن هذا الوجه يكون اتلافا للمال فيضاف الى الحامل بجعل الفاعل
آلة له بخلاف ما اذا دخل لان المهر تأكد بالدخول فلا يجب الضمان فيبقى مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فان قيل
المهر يجب بالعقد والطلاق شرط والحكم لا يضاف الى الشرط وايضا سقوط المهر بالفرقة من قبلها مجرد وهم
فلا اعتبار له فينبغي ان لا يضمن الحامل على الطلاق وصح نذره حتى لو اكره على ان يوجب على
نفسه صدقة او صوما او حجا او شيئا يتقرب به الى الله تعالى لزم ذلك وكذا صح يمينه بان اكره
على اليمين بشيء من ذلك او بغيره وذلك لان النذر واليمين مما لا يحتمل الفسخ ومالا يؤثر فيه الفسخ بعد
وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالاعتاق لان اثر الاكراه في فوت الرضاء واثره في عدم
اللزوم واثره في ثبوت حق الفسخ فما لا يحتمل الفسخ لا يتأتى فيه اثر الاكراه وصح ظهاره فان اكره على
ان يظاهر امرأته كان ظهارا لان الظهار من اسباب التحريم فيستوي فيه الجد والهزل والاكراه
ورجعته لانها استدامة النكاح فيلحق به وايلاؤه فان الايلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه
لا يمنع كل واحد منهما وفيئه فيه اي في الايلاء لان الفيء كالرجعة في استدامة النكاح وصح اسلامه
ولكن بلا قتل لو رجع اي ان اسلم المكره ثم ارتد لا يقتل لتمكن الشبهة في اسلامه والشبهة دارئة
للقتل لا يصح ابراؤه عن دينه او كفيله ولا ردته فلو اكره على الردة لا يرتد ولا تبين امرأته لان الردة
يتعلق بالاعتقاد وفي اعتقاده الكفر شك فلا يثبت بينونته بالشك وان اكره على الزنى
وزنى حد عند ابي حنيفة وعندهما لا يحد الا اذا اكرهه السلطان فحينئذ لا يحد اتفاقا قيل الظاهر
ان كون الاكراه مسقطا للحد متفقا عليه فيما بينهم بل هذا الاختلاف انما هو في تحقق الاكراه من
غير السلطان فعند ابي حنيفة لا يتحقق الاكراه من غير السلطان كما شاهد في عصره والزنى في الصورة المذكورة لا يكون

مع الاكراه يحد فاذا اكره السلطان فزنى لا يحد لوجود الاكراه هنا وعندهما يتحقق
الاكراه من السلطان وغيره كما هو فى عصرهما فلا يحد سواء اكره السلطان او غيره
فيكون هذا الاختلاف اختلاف عصر وزمان وقيل لا بل هذا الاختلاف فى حكم

كتاب الحجر والاذن

وهو اى الحجر فى اللغة المنع ومنه سمى الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمى العقل حجرا لانه يمنعه من القبائح وفى الشرع هو منع نفاذ القول اما افعال الجوارح فلا يتحقق فيه الحجر فالصبى والمجنون اذا تلفا مال الغير يجب الضمان كما سيجئ وسببه اى الحجر الصغر فلا يصح تصرف صغير الا باذن وليه والجنون فان كان المجنون مغلوبا وهو الذى لا يفيق فتصرفه لا ينعقد وان لحقه الاجازة لانه عديم العقل وان لم يكن مغلوبا بان يجن ويفيق وهو المعتوه ينفذ تصرفه ولكن توقف على الاجازة والرق فالرقيق لا ينفذ تصرفاته الا الطلاق فانه يملك الطلاق بدون اذن المولى فضمنوا اى الصغير والمجنون والرقيق بالفعل المتلف اى ان اتلفوا شيئا ضمنوا حتى ان ابن يوم لو انقلب على قارورة الانسان فكسرها يجب الضمان عليه فى الحال فكذا العبد والمجنون اذا اتلفا شيئا لزمهما ضمانه فى الحال وان اقر العبد بمال لم يلزم فى الحال بل اخر الى زمان العتق الاقرار بمال لان اقراره نافذ فى حق نفسه لقيام اهليته لكونه مكلفا غير نافذ لمانع وهو حق سيده فاذا زال المانع بالعتق نفذ اقراره وان اقر العبد على نفسه بحد كما اذا اقر انه زنى او قصاص كما اذا اقر انه قتل رجلا عمدا عجل بحد وقود ولا يؤخران الى زمان العتق لانه مبقى على اصل الحرية فى الحدود والقصاص لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه ادمى وان كان مملوكا من حيث انه مال ولا يحجر بسفه

السفه في اللغة هو خفة يتعرض للانسان من غضب او فرح يحمل على القول من غير
تامّل وفي لسان اصحاب الشرع وهو العمل بخلاف موجب الشرع وهو اتباع
الهواء وترك ما يوجب العقل والسفيه من عادته الاسراف وان يتصرف بتصرفات
لا غرض له فيه او لغرض لا يعده العقلاء غرضا او فسق ودين هذا عند ابي حنيفة
وعندهما وعند الشافعي يحجر على المديون ايضا اذا طلب غرماؤه الحجر عليه فمنعه
القاضي عن البيع والاقرار وعندهما وعند الشافعي رح يحجر على الفاسق ايضا
زجرا له ويحجر مفت ماجن هو الذي يعلم الناس حيلة من الحيل الباطلة مثل ان يعلم
المرأة حتى ترتد فتبين من زوجها ثم تسلم ويعلم الرجل ان يرتد فيسقط عنه الزكوة
ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حلالا وان يحل حراما وطبيب جاهل هو الذي يسقي الناس
في امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك او لا يعلم ومكاري مفلس هو الذي يكاري
الدابة ويأخذ الكراء والناس يعتمدون عليه الاداء فاذا جاء اوان السفر لا دابة
له فيقطع المكتري عن الرفقة فضرر هؤلاء الثلثة عام فالمفتي الماجن يفسد
على الناس دينهم والطبيب الجاهل يفسد ابدانهم والمكاري المفلس يفسد اموالهم
فيحجر عليهم فاذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين
سنة فهذا سن اذا بلغ المرء يمكن ان يصير جدا لان ادنى مدة البلوغ اثني عشر
سنة وادنى مدة الحمل ستة اشهر ففي هذه المدة يمكن ان يولد له ابن ثم في
ضعف هذه المدة يمكن ان يولد لابنه ابن فيصير في خمس وعشرين سنة جدا وان تصرف غير
الرشيد في ماله صح تصرفه قبله اي قبل خمس وعشرين سنة وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يجوز تصرفه في ماله قبله وبعده اي بعد خمس وعشرين سنة يسلم اليه ماله
بلا رشد وقالا لا يسلم اليه ماله حتى يصير رشيدا واذا وجب ديون على رجل وطلب غرماؤه
حبسه الحاكم اي الحر المديون لدينه واذا حبسه شهرين او ثلثة اشهر يسأل عن ماله

فان لم يظهر له مال على سبيله وان كان دينه دراهم وماله دراهم قضى القاضي بغير امره دينه
من دراهمه لان للدائن حق الاخذ من غير رضائه فللقاضي ان يعينه على ذلك وكذا ان كان
دينه دنانير وماله دنانير قضى القاضي دنانير دينه من دنانيره وان كان دينه دراهم وله دنانير
او على العكس باع القاضي كلا من الدراهم والدنانير لقضاء الاخر وهذا استحسان والقياس
ان لا يباع الدراهم لاجل الدنانير ولا الدنانير لاجل الدراهم لانهما جنسان مختلفان وجه الاستحسان
الدراهم والدنانير جنسان صورة جنس واحد معنى لانهما متحدان في الثمنية لا يبيع القاضي
عرضه وعقاره لان للناس في الاعيان اغراضا فلا يجوز للقاضي ان ينظر لغرمائه على وجه يلحق
الضرر به اما النقود فهي وسائل ولا غرض في اعيانها وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا امتنع
المديون عن بيع العرض والعقار للدين فللقاضي بيعهما ويقضي دينه ومن افلس ومعه عرض
شراه من رجل لم يعطه ثمنه فبائعه اي بائع ذلك العرض اسوة اي مشارك للغرماء
في ذلك وقال الشافعي يحجر القاضي على المشتري ثم يكون للبائع خيار فسخ البيع وبلوغ الغلام
بالاحتلام والاحبال والانزال والاصل فيه البلوغ يكون بالانزال حقيقة لكن الاحبال لا يكون
الا مع الانزال فجعل سببا للبلوغ وبلوغ الجارية بالاحتلام والحيض والحبل فالحبل لا يكون
الا ممن يحبل وذا يكون بعد الانزال فان لم توجد هذه العلامات فحتى يتم خمس عشرة سنة عند ابي يوسف
ومحمد والشافعي وهو رواية عن ابي حنيفة وبه يفتى وعند ابي حنيفة ثماني عشرة سنة للغلام
وسبعة عشر سنة للجارية وعن ابي حنيفة للغلام تسع عشرة سنة وادنى مدته اي مدة البلوغ
له اي الغلام اثنا عشر سنة ولها اي للجارية تسع سنين فصدقا اي الغلام والجارية ح
اي حين بلغ الغلام اثنى عشر سنة والجارية تسع سنة ان اقرا اي الغلام والجارية به اي
بالبلوغ ويكون احكامهما احكام البالغين لان البلوغ امر خفي لا يعرف الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما

فصل في الاذن الاذن في اللغة الاعلام وفي الشرع فك الحجر الثابت بالرق واسقاط حق المولى
ثم يتصرف العبد لنفسه باهلية فان الاصل في الانسان ان يكون مالكا للتصرفات فاذا عرض له الرق تعلق المولى

به صار مانعا لكونه مالكا للتصرفات فاذا اسقط حقه وازال حجره فهو متصرف بالمالكية
الاصلية لنفسه هذا عندنا وعند الشافعي الاذن توكيل وانابة العبد مقام المولى فلم يرجع بالعهدة
على سيده وهذا تفريع على انه يتصرف لنفسه فانه اذا اشترى شيئا لا يطلب العبد الثمن من المولى
لانه يتصرف لنفسه بخلاف الوكيل فانه يطلب من الموكل ولو اذن العبد يوما فهو ماذون ابدا الى
ان يحجر لان الاذن اسقاط والاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق ولو اذن في نوع من
التجارة فهو ماذون في جميع انواع التجارة وعم اذنه وعند زفر والشافعي لا يكون ماذونا
الا في ذلك النوع واما اذا اذن بشراء شيء معين فانه استخدام وليس باذن ويثبت الاذن
صريحا بان قال اذنت لك ودلالة كما اذا رأى سيده يبيع ويشتري وسكت فانه يصير ماذونا
عندنا ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا صحيحا او فاسدا
وانما يصير ماذونا دفعا للغرور عن الناس وفيه خلاف زفر والشافعي فيبيع ويشتري مطلقا ولو كان البيع والشراء
بغبن فاحش عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بالغبن الفاحش ويوكل بهما اي بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة
ويرهن ويرتهن لانهما ايفاء واستيفاء فيكونان من توابع التجارة ويتقبل الارض اي يستاجرها
وياخذها مزارعة ويشتري بذرا ليزرعه لان هذه التصرفات يبتغي به الربح ويشارك شركة
عنانا احترز عن الشركة المفاوضة فانه ليس له ذلك فانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها ويدفع
المال مضاربة وياخذه مضاربة ويستاجر ما يحتاج اليه كالاجير والبيت وغيرهما ويوجر نفسه
لان الاجارة تجارة وفيه خلاف الشافعي رح ويقر بوديعة وغصب ودين لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم
يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولو كان اقراره بها بعد الحجر فانه ان اقر بعد الحجر ان ما في يده
امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين على نفسه فاقراره جائز عند ابي حنيفة وقالا لا يصح اقراره
ويؤخذ به بعد العتق وما في يده لمولاه ويهدي طعاما يسيرا لان التاجر يحتاج اليه لاستجلاب
قلوب المجهزين وعن ابي يوسف رح ان العبد المحجور عليه اذا دفعه المولى
قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام لا باس به بخلاف ما اذا دفعه

فوت شهر لانهم لواكلوه قبل مضى الشهر لتضرر به المولى وكذا يضيف من يطعمه ومن
يعامله لا من يطعمه ويحط من الثمن بعيب في مبيعه قدر ما عهد بين التجار لانه من صنيعهم وربما
يكون الحط انظر له من قبول المعيب ولا يزوج عبده وامته لانه ليس من التجارة وقال ابو يوسف له تزويج
الامة لانه يحصل به المال ولا يكاتب ولا يعتق ولو بمال ولا يقرض ولا يهب ولو بعوض ولا يتكفل لانها ليست بتجارة وكل دين وجب بتجارة كالبيع والشراء
والاجارة وصورة وجوب الدين بالبيع هو ان يبيع ويقبض الثمن ويستحق المبيع من المشتري والثمن قد هلك في يد البائع
او بما هو في معناها اى معنى التجارة كغرم وديعة جحدها او غصب وامانة جحدها وكذا مال المضاربة
والعارية والبضاعة فهذه الاشياء عند الجحود ينقلب غصبا وكان الضمان الواجب بهذه الاشياء
ضمان غصب وضمان الغصب ضمان المعاوضة فكان الدين واجبا بما هو في معنى التجارة وذكر الامانة
بعد الوديعة لان الامانة اعم من الوديعة وعقر وجب بوطء مشتراة بعد الاستحقاق
لاستناد الغرم الى الشراء فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب العقر فيكون في معنى دين التجارة
بخلاف ما اذا تزوج المكاتب امرأة فوطئها ثم استحقت لانه موجبه المهر بالنكاح وهو ليس بتجارة يتعلق
خبر مبتدأ وهو قوله وكل دين برقبته يباع المأذون فيه اى كل واحد من الديون المذكورة ويقسم
ثمنه بين اصحاب الديون بالحصة ويتعلق بكسبه سواء حصل الكسب قبل لحوق الدين او بعده و
بما اتهب اى قبل الهبة فيه هذا عندنا وعند زفر والشافعي لا يباع هو في الدين لكن يباع كسبه
لان غرض المولى حصول مال لم يكن لا فوت مال قد كان ولنا ان الدين ظهر في حق المولى فيتعلق برقبته
دفعا للضرر عن الناس لا يتعلق دينه بما اخذه سيده من يده قبل الدين بل يسلم للمولى ما اخذه
منه لانه وجد شرط الخلوص للمولى وان بقي شيء من ديونه طولب بما بقي من الديون بعد عتقه
لثبوت الدين في ذمته وللسيد اخذ غلة مثله مع وجود دين وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز
اخذ الغلة مع وجود الدين لان الدين مقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك
نفع الغرماء لان حقهم يتعلق بما كسبه ولا يحصل الكسب الا بنفاذ الاذن في التجارة فلو منعنا المولى من اخذ
الغلة يحجر عليه فينسد باب الاكتساب والباقي للغرماء اى ما بقي في يده بعد اخذ السيد الغلة للغرماء

ويحجر اي يصير العبد المأذون محجورا ان ابق وقال الشافعي يبقى مأذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء
الاذن فان اذن الآبق يصح فلان لا ينافي بقاءه اولى ولنا انه دلالة الاذن كالتصريح بالاذن فكذا
دلالة الحجر كالتصريح بالحجر وقد وجد دلالة الحجر اذ الظاهر ان المولى لا يرضى بتصرف الآبق المتمرد او
مات سيده او جن مطبقا اما اذا لم يكن مطبقا بان يجن ويفيق لا يحجر او لحق بدار الحرب مرتدا
لان اللحوق موت حكمي حتى يقسم ماله بين ورثته او حجر عليه بشرط ان يعلم هو اي المأذون اكثر اهل
سوقه دفعا للضرر عن الناس وقال الشافعي يصح الحجر عليه بغير علم العبد واهل السوق ويحجر
الامة المأذونة ان استولدها سيدها وعند زفر لا يحجر وضمن المولى قيمتها اي قيمة الامة
المستولدة للغريم لانه اتلف محلا تعلق به الغريم ولو شمل دينه ماله ورقبته لم يملك سيده
ما معه من كسبه هذا عند ابي حنيفة وعندهما يملك لان الرقبة ملكه وكذا الاكساب
وله ان ملك المولى يثبت خلافة عن العبد بعد فراغه عن حاجته وهنا مشغول بحاجته
فلم يعتق من اكتسبه المأذون باعتاقه اي باعتاق السيد عند ابي حنيفة وعندهما
يعتق ويضمن السيد قيمة العبد للغرماء وان لم يشتمل دينه ماله ورقبته جاز اعتاق السيد عبدا
اكتسبه المأذون بالاجماع ويبيع المأذون الذي يشتمل دينه ماله ورقبته متاعه من
سيده بالقيمة لان سيده اجنبي عن ماله اذا كان عليه دين محيط وليس في البيع بمثل القيمة
ابطال حق الغرماء وان باعها باقل من القيمة لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ويخير بازالة
المحاباة ونقض البيع ويبيع سيده متاعه منه بها اي بالقيمة او باقل من القيمة لانه لا تهمة
في هذا البيع فان باع السيد متاعه من المأذون باكثر من القيمة نقض البيع او حط الفضل
لان الفضل تعلق به حق الغرماء فيؤمر السيد بان ينقض البيع او حط الفضل واذا باع منه شيئا
بطل ثمنه اي سقط عن ذمة العبد ان سلم السيد مبيعه قبل قبضه اي قبض الثمن لان تسليم
المبيع سقط حق المولى في الحبس ولم يبق اليد الذي كان ثابتا له فلو بقي الثمن يبقى دينا في ذمة العبد
والمولى لا يستوجب دينا على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى احق بذلك العرض من

الغرماء لانه بالعقد ملك العرض بعينه وان باع من العبد شيئا ولم يسلم المبيع اليه يكون له اى للمولى حبس مبيعه فى يده لاستيفاء ثمنه لان البائع له حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن

وصح اعتاقه اى اعتاق السيد عبدا ماذونا مديونا سواء كان الدين محيطا او لم يكن لان ملك المولى فيه باق وضمن سيده للغرماء الاقل من قيمته ومن دينه اذا كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين اذ لا حق للغرماء الا فى الدين وان كان القيمة اقل من الدين ضمن القيمة لانه تعلق حقهم بالقيمة والسيد اتلفها بالاعتاق ولو قدم عبد مصرا قال انا عبد فلان واشترى وباع فهو على وجهين احدهما ان يخبر ان مولاه اذن له فيصدق عدلا كان او غير عدل ويكون ماذونا وثانيهما ان يكون ساكتا عن اذنه وحجره ولا يخبر بشئ فهو ماذون استحسانا والقياس ان لا يكون ماذونا لان السكوت محتمل بين الحجر والاذن وجه الاستحسان الظاهر انه عبد ماذون حملا لامر المسلم على الصلاح ودفعا للضرر عن الناس ولكن لا يباع العبد لدينه الا اذا اقر سيده باذنه بعدما حضر وان قال السيد هو محجور فالقول له لانه تمسك بالاصل وهو الحجر وانما المولى اذا لم يقر بالاذن فالدين لا يظهر فى حقه والمعاملون انما تضرروا لانهم اعتمدوا على ظاهر الحال والمولى لم يغرهم وتصرف الصبى ان تمحض نفعا محضا كالاسلام فانه اعظم المنافع والاتهاب اى قبول الهبة صح بلا اذن من المولى وقال الشافعى رح لا يصح وان ضر للصبى كالطلاق والعتاق لا يصح وان اذن به اى بتصرف الضار وما نفع وضر كالبيع والشراء فانه يصح هذا النوع من التصرف وينعقد لكن علق نفاذه باذن وليه حتى نفذ بيعه وشراءه باذن وليه بشرط ان يعقل ان البيع سالب للمبيع والشراء يكون جالبا له للمبيع والحاصل ان الصبى مستحق للنظر والتصرفات ثلاثة ضار محض كالطلاق والهبة والصدقة فلا يملك الصبى وان اذن له وليه ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملك الصبى بغير اذن وليه ودائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولا يملك بدون الاذن لان الصبى العاقل يشبه المكلف من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذى لا عقل له من حيث انه لم يتوجه اليه الخطاب وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فالحقناه

بالبالغ في النافع المحض وبالطفل بالضار المحض وفيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن
وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون هذا
النوع من التصرف منعقدا موقوفا بالاجازة ووليّه اي وليّ الصبيّ ابوه ثم وصيّه
وهو الذي استخلفه ابوه بعد موته بالتصرف في مال ولده ثم جده وهو ابو الاب وان علا ثم
وصيه اي وصي الجد ثم القاضي او وصيّه وهو الذي امره القاضي بالتصرف في مال اليتيم
سمي وصيا مع ان الايصاء هو الاستخلاف بعد الموت لانه كوصي الاب فان فعل القاضي يصير كفعل
الاب فاما الام فلا يصح الاذن منها له في التجارة ولو اقر الصبي المأذون للولي او لغيره بما معه اي في
يده من كسبه او ارثه صح لان الولي اذا اذن الصبي بالتجارة صح اقراره بكسبه لانه من تمام التجارة اذ لو لم
يصح لا يعامله الناس مع ان اقرار الولي لا يصح صح اقراره بموروثه ايضا في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه
لا يصح اقراره فيما ورثه عن ابيه لان صحة اقراره في كسبه لحاجة الى ذلك ولا حاجة في الموروث عن ابيه

كتاب الوصايا

هي جمع وصية يقال اوصى فلان الى زيد ولعمرو بكذا ايصاء
ووصى به توصية والوصية والوصاية اسمان في معنى المصدر وهي اي الوصية ايجاب
بعد الموت والقياس يأبى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال المالكية الا انا
استحسنا جوازها لحاجة الناس لان الانسان يريد ان ينتفع بماله مدة الحياة ثم بعد موته
يصرفه الى الخيرات فيحتاج الى تصرف يفيد هذا الغرض وقد يبقى المالكية بعد الموت باعتبار
الحاجة كما في قدر التجهيز والتكفين والدين وندبت الوصية باقل من الثلث وقال بعض
الناس الوصية واجبة على من له يسار عند غنى ورثته اي الموصى او استغنائهم
بحصتهم من الميراث كتركها اي الوصية بلا احدهما اي ندب ترك الوصية ان لم يكن
الورثة اغنياء ولا يصيرون اغنياء بحصتهم من الميراث لان ترك الوصية صدقة
على القريب بقدر الوصية والوصية تصدق على الاجنبي والاولى اولى لقوله عليه
الصلوة والسلام افضل الصدقة على ذي رحم محرم كالشح وقيل يخير في هذه الحالة

هذين العبدين ولم يجزه الورثة صار المحاباة بقدر الصلح فيكون بينهما اثلاثا ياخذ
الموصى له بالالف بحسب وصيته وهى الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهى خمسمائة فلو كان هذا
كسائر الوصايا على قول ابى حنيفة وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف بجميع الالف لانها يزيد على ثلث
المال والا فى السعاية صورة السعاية ان يوصى بعتق عبدين قيمة احدهما وقيمة الاخر
الفان ولا مال له غيرهما ان اجازه الورثة يعتقان جميعا وان لم يجزوا يعتقان من الثلث
وثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما فثلثا الالف للذى قيمته الفان وتسعى فى
الباقى وثلث الالف للذى قيمته الف والا فى الدراهم المرسلة اى المطلقة غير المقيدة بانها
اى جزء من المال اى نصفه وثلثه ونحوهما وصورته ان يوصى لرجل بالف درهم ولاخر بالفين
وثلث ماله الف ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا لكل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان
الوصية فى مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال اخر يجزيه هذا القدر من الثلث وانما فرق ابو حنيفة
بين هذه الصور الثلث وبين غيرها لان الوصية اذا كانت مقدرة بما زاد على الثلث صريحا
كالنصف والثلثين وغيرهما والشرع ابطل الوصية فى الزائد على الثلث يكون ذكره لغوا لان
اللفظ فى مجراه لم يصح فلا يعتبر فى حق الضرب بخلاف ما اذا لم يكن مقدرة بانه باى شئ من المال
كما فى الصور الثلث فانه ليس فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية كما اذا اوصى بخمسين درهما
واتفق ان ماله مائة درهم فان الوصية غير باطلة بالكلية لامكان ان يظهر له مال فوق المائة
واذا لم يكن له مال اصلا عند الوصية فالوصية بالدراهم المرسلة صحيحة لاحتمال ان يستفيد
مالا واذا لم يكن باطلة بالكلية يكون معتبرة فى حق الضرب فان هذا فرق دقيق كذا ب
ابى حنيفة والوصية بمثل نصيب ابنه صحت لان مثل شئ غيره وهذا بخلاف الوصية بنصيبه
اى نصيب الابن لا يصح لان نصيب الابن مال الابن فيكون الوصية بمال الغير فلا يصح وقال زفر
يصح والعبرة بحال العقد فى التصرف المنجز ثم النظر فيه ان منجز هو الذى يوجب حكمه
فى الحال ويضاف الى الموت وهو الذى يوجب حكمه بعد الموت كانت

حر بعد موتى او قال هذا لزيد بعد موتى فهى المنجز يعتبر حال التصرف فان كان فى حالة
الصحة فمن كل المال ينفذ التصرف المنجز والا اى وان لم يكن التصرف المنجز فى حال الصحة بل كان
فى المرض فمن ثلثه اى من ثلث المال يعتبر والمراد بالتصرف المنجز الذى هو انشاء و
يكون فيه معنى التبرع حتى ان الاقرار بالدين فى المرض ينفذ من كل المال وكذا النكاح
بمهر المثل ينفذ من كل المال واما التصرف المضاف الى موته فيعتبر من الثلث وان كان فى
حال الصحة فان دبر عبده فى حال الصحة او فى حال المرض يعتبر من ثلث ماله وكل مرض صح منه
فهو كالصحة لان حق الورثة او الغرماء انما يتعلق بماله فى مرض الموت ومن اعتق عبدا فى مرضه
او باع وحابا او وهب ام ضمن كان حكم اعتاقه ومحاباته وهبته وضمانه حكم وصيته
فى حق الاعتبار من الثلث وليس المراد فى هذه التصرفات وصية حقيقة لان الوصية
ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة **فصل** ومن اوصى شيئا لجاره يدخل فى جاره
من لصق داره به اى داره بداره عند ابى حنيفة وزفر وعندهما الجار كل يسكن محلة الموصى و
يجمعهم مسجد المحلة ومن اوصى لصهره يدخل فى صهره كل ذى رحم محرم من عرسه وكذا
يدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة ابنه وزوجة ابيه وزوجة كل رحم محرم منه لان الكل
صهره انما يدخل تحت الوصية من كان صهر الموصى يوم موته لان المعتبر حال الموت ومن
اوصى لختنه يدخل فى ختنه كل زوج امرأة ذات رحم محرم منه كازواج البنات والاخوات
والعمات والخالات وكذلك كل ذى رحم محرم منه من ازواج هؤلاء كذا ذكره محمد وعندهما
يتناول كل من عياله ونفقته سوى مماليكه واهله عرسه فان اسم الاهل حقيقة فى ذلك
وهذا عند ابى حنيفة وعندهما يتناول كل من فى عياله وفى نفقته سوى مماليكه اعتبارا
للعرف ومن اوصى لآله يدخل فى آله اهل بيته ويدخل فيه ابوه وجده وكل من ينسب اليه
من قبل آبائه الى اقصى اب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر
لان الآل القبيلة التى ينسب اليها ولا يدخل فيه اولاد الاخوات ولا احد من قرابة

ام الموصى لانهم لا ينسبون الى اب الموصى الاكبر واقاربه وذوا انسابه محرماه اى من اوصى للاقارب

ولذى انسابه يدخل فيه محرماه اى ان كان له محرماه فقط يصرف الوصية اليهما لان اقل

الجمع فى الوصية اثنان فصاعدا من كل ذى رحم محرم يقدم الاقرب فالاقرب من كل

ذى رحم محرم منه كما فى الميراث غير الوالدين والولد اى ولا يدخل فى هذه الوصية

الاب والام والولد ولهذا قيل من قال للوالد قريبا فهو عاق ولكن يدخل فيه الجد والجدة

وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن ابيحنيفة ان الجد وولد الولد لا يدخل فيه وقالا الوصية

لكل من ينسب الى اقصى اب له ادرك الاسلام وعند بعض المشائخ الى اقصى اب له

اسلم وفى ولد زيد اى لو اوصى لولد زيد الذكر والانثى سواء لان اسم الولد

ينتظم الكل وفى ورثته ذكر كانثيين اى لو اوصى لورثة زيد فالوصية بينهم للذكر مثل

حظ الانثيين كما فى الارث فان لفظ الورثة يدل على ذلك وفى بنى فلان الانثى منهم

اى لو اوصى لبنى فلان يدخل فيه انثى وهذا قول ابى حنيفة اولا وهو قول محمد لان

اسم بنى فلان يتناول الانثى ايضا بل هذا اللفظ للذكر لا غير وبطلت الوصية لموالية فيمن

له معتقون ومعتقدون الا ان يبين ذلك فى حياته لان لفظ المولى مشترك ولا عموم له ولا قرينة

تدل على احدهما فوجب التوقف وقال الشافعى الوصية لهم جميعا وهو رواية عن ابى حنيفة وهو

قول زفر وصحت الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معينة وابدا لان المنفعة

تحتمل التمليك فى حال الحيوة فكذا بعد الممات وصحت الوصية بغلتهما اى غلة عبده

وداره فان خرجت الرقبة اى رقبة العبد والدار من الثلث سلمت الرقبة اليه اى الى

الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار ومستغلهما والا اى وان لم يخرج الرقبة من الثلث

مثلا ان لا مال له سواهما قسمت الدار اثلاثا يسكن الموصى

له او يستعمل ثلثها والورثة ثلثين وتهايا فى

خدمة العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين

ولو قسمت الدار مهيانا من حيث الزمان يجوز ايضا وبموته اى الموصى له فى
حياة موصيه تبطل لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت وبموت الموصى بعد موته
اى بعد موت الموصى يعود الموصى به الى الورثة اى ورثة الموصى له بحكم الملك فان الرقبة
ملكهم وصحت الوصية بثمرة بستانه ثم ان مات الموصى وفيه ثمرة فللموصى له
هذه الثمرة فقط دون الثمرة التى تحدث بعدها وان ضم ابدا وقال له ثمرة بستانى
ابدا فله هذه الثمرة وما يحدث بعدها فيما يستقبل ما عاش الموصى له كما فى غلة
بستانه اى ان اوصى بغلة بستانه فله الغلة القائمة وما يحدث فيما يستقبل
وان لم يقل ابدا والحاصل ان الثمرة لا يتناول الحادث بعدها الا ان يزيد ابدا
والغلة يتناولهما وان لم يقل ابدا وصحت الوصية بصوف غنمه وولدها ولبنها وكان
له اى للموصى له ما فى بطونها وما فى ضرعها من اللبن وما على ظهر الغنم من
الصوف فى وقت موته اى موت الموصى سواء ضم قوله ابدا او لا والفرق بينهما وبين
ما تقدم ان الصوف واللبن والولد الموجود يصح استحقاقها بالعقود فانها يملكه بالبيع
وغيره فكذا بالوصية فاما المعدوم منها فلم يشرع استحقاقها بشئ من العقود فلا
يصح استحقاقها بعقد الوصية ايضا اما الثمرة والغلة المعدومة فيصح استحقاقها
بعقد المزارعة والمعاملة فيصح بعقد الوصية ايضا بل اولى لانها اوسع واذ صنع
يهودى او نصرانى بيعة او كنيسة ثم مات يورث بيعة وكنيسة جعلتا فى الصحة
لان هذا بمنزلة الوقف عند ابى حنيفة والوقف يورث فلا يلزم فكذا هذا واما
عندهما فلان هذا معصية فلا يصح والوصية بجعل داره اى ان اوصى
يهودى او نصرانى ان يجعل القوم مسمين بيعة او كنيسة تصح وللقوم غير مسمين
يصح عند ابى حنيفة لا عندهما قال مشائخنا هذا الاختلاف فيما اذا
اوصى ببناء بيعة وكنيسة فى القرى فاما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق والمراد

بالقرى هنا ما ليس فيه من شعائر الاسلام شئ اما اذا كانت قرية فيها من شعائر
الاسلام شئ فهي كالمصر **فصل** ومن اوصى الى زيد يقال اوصى الى فلان
اى فوض اليه التصرف في ماله بعد موته وقبل زيد الوصية عنده اى عند الموصي وفي وجهه فان رد
بعد القبول عنده وفي وجهه رد لانه متبرع في ذلك فان شاء اقام عليه وان شاء رجع
وليس في الرجوع غش وتغرير والا اى وان لم يرد عند الموصي في وجهه بل ردها في غير وجهه
لا يكون ردا لانه اعتمد عليه الموصي فان صح الرد بغيبته في حيوته ورد بعد مماته
يلزم الغرور فان اوصى الى زيد وسكت من الرد والقبول في حيوته فمات موصيه فله رده
وضده اى القبول ولزم الوصية ببيع شئ من التركة بعد موت الموصي اى ان باع هذا الساكت
بعد موت الموصي شيئا من التركة لزم ببيعه وان جهل به اى بالايصاء لوجود دليل القبول وهو
التصرف في التركة فان رد بعد موته ثم قبل صح اى ان مات الموصي وهو لم يقبل ولم يرد في حياته فقال
بعد موته لا اقبل فاذا قبل بعد ذلك يصح الا اذا نفذ القاضي رده ولو اوصى الى عبد او كافر او فاسق
اخرجه وبدله القاضي بغيره وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج عن الوصية انما
انما يكون بعد الوصية وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه سيبطل في جميع هذه
الصور وقيل في العبد باطل وفي غيره سيبطل وقيل في الكافر باطل ايضا ولو اوصى الى عبده صح
ان كان كل ورثته صغارا واذا كان الورثة كبارا او صغارا لم يصح وهذا عند ابي حنيفة رح
وعندهما لا يصح في الوجهين لان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهو قلب المشروع وله
ان لعبده من الشفقة ما لا يكون لغيره والصغار وان كانوا ملاكا لكن ليس لهم ولاية المنع فلا
منافاة بخلاف ما اذا كان البعض كبارا اذ لهم المنع وبيع نصيبهم من هذا العبد ولو
اوصى الى عاجز عن القيام بها اى بالوصية ضم القاضي اليه غيره اذ لو لم يفعل يتضرر
موصي لعجزه عن التصرف والورثة بترك التصرف ويبقى امين يقدر اى اذا كان الوصي امينا يقدر
على التصرف لا يجوز للقاضي اخراجه بل يجب تبقيته ولو اوصى الى اثنين لا ينفرد احدهما اى

لا یکون لاحدهما ان یتصرف دون صاحبه الا بشراء کفنه ای کفن الموصی وتجهیزه لانه
ربما یکون احدهما غائبا ففی اشتراط اجتماعهما فساد المیت والا فی الخصومة فی حقوقه علی الناس
لانه لا یمکن اجتماعهما فانهما ان حضرا لم یتکلم الا احدهما وفی اجتماعهما شغب والا فی قضاء
دینه بجنس حقه وطلبه لانه لا یحتاج فیه الی الرأی والا فی شراء حاجة الطفل مثلا طعاما وکسوة
ففی التاخیر خوف هلکه جوعا وعریانا والا فی الاتهاب له والا فی اعتاق عبد عین وانما الوصیین
یملك عتاقه لعدم الاحتیاج الی الرأی بخلاف اعتاق العبد الغیر المعین والا رد ودیعة والا
تنفیذ وصیة بشرط ان یکون الودیعة معینتین لعدم الاحتیاج الی الرأی والا فی جمع اموال
ضائعة لان فی التاخیر خشیة الفوت والا فی بیع ما یخاف تلفه لان فیه ضرورة وما سوی
ذلك من البیع والرهن والاجارة والکفالة والکتابة ای جعل العبد مکاتبا وما اشبه
ذلك فلا ینفرد احد الوصیین بذلك وعند ابی حنیفة رح ومحمد رح وعند
ابی یوسف ینفرد کل من الوصیین فی جمیع الاشیاء واذا مات الوصی وقد اوصی الی
اخر فهو وصی الوصی وصی حتی تصرف فی ماله ای مال الموصی ومال موصیه ای الموصی الاول وصی
عندنا وعند الشافعی رح لا یکون الثانی وصیا فی مال الموصی الاول ولا یبیع وصی ولا یشتری
الا بما یتغابن الناس فیه فللوصی ان یبیع مال الصبی من النقود لا من لاجنبی بمثل القیمة او بما یتغابن الناس
فیه وهو ما یدخل تحت تقویم المتقومین ویجوز له ان یشتری للصبی لاجنبی کذلك لا بالغبن الفاحش
واما من نفسه فان کان الموصی وصی الاب یجوز لا ان کان وصی القاضی لکن یشترط ان
یکون فیه منفعة ظاهرة وفسر ذلك بان یبیع ماله من الصغیر وهو یساوی خمسة عشر
بعشرة او اشتری ماله لاجل نفسه وهو یساوی عشرة بخمسة عشر وهذا عند ابی حنیفة وابی
یوسف رح وعند محمد لا یجوز هذا بکل حال وصح للوصی بیع عقار الموصی اذا کان الورثة
کلهم صغارا سواء کانوا حضارا او غیبا او علی المیت دین او لا ولکن انما یبیع بمثل القیمة او بما یتغابن
فیه قیل هذا جواب السلف وجواب المتاخرین انه انما یجوز بیع عقار الصغیر اذا کان

اذا كان على الميت دين ولا وفاء له الا من ثمن العقار او يكون للصغير حاجة الى ثمن العقار
او يرغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وعليه الفتوى ويدفع الوصي ماله الى ورثة الموصي
مضاربة وشركة وبضاعة ويحتال بمال اليتيم على الاملى لان ولاية الوصي نظرية لا يحتال
على الاعسر لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه ولا يقرض مال اليتيم ويجوز للوصي
ان يبيع ما على الكبير الغائب كل شيء من ماله الا العقار لانه قائم مقام الموصي وهو
الاب مثلا وله ولاية على ابنه الكبير فكذا وصيته الا ان يبيع المنقول لانه من الحفظ لانه
ياتي عليه اسباب التوى فكان البيع حفظا له اذ حفظ الثمن ايسر وبيع العقار ليس
من الحفظ لانه محفوظ بنفسه ولا يتجر الوصي في ماله لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة

كتاب الخنثى

هو ذو فرج اراد به قبل المرأة وذكر فان بال من ذكره فذكر و
ان بال من فرجه فانثى وان بال منهما حكم بالاسبق خروجا وجل بلا معارض وان
استويا في السبق فمشكل ولا يعتبر الكثرة في البول عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما يعتبر الكثرة فان بلغ وخرج له لحية او وطئ امرأة او احتلم
كما يحتلم الرجل او كان له ثدي مستو فهو رجل وان ظهر له ثدي
كثدي المرأة او انزل له لبن خالص او حاض او حبلت او امكن الوصول اليه
من الفرج فهو امرأة وان لم يظهر علامة احدهما اي الرجل والمرأة وذلك بان لم
يظهر له شيء من علامات الذكور والاناث او ظهرت علامة الرجال والنساء كما خرجت
له لحية وظهر له ثدي فمشكل والاصل في الخنثى المشكل ان يوخذ فيه بالاحوط
في امور الدين وان لا يحكم بشيء وقع الشك في ثبوته فان قام خلف الامام قام
بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال والنساء فان قام في صفهن اي صف
النساء عاد صلاته احتياطا لاحتمال انه رجل وان قام في صفهم اي الرجال فصلاته تامة ويعيد
صلاة من بجنبه اي الذين عن يمينه ويساره ومن خلفه بحذائه لاحتمال انه

امراة وصلى بقناع وان صلى بغير قناع يعيدها استحسانا ولا يلبس حريرا وحليا و
لا يكشف عند رجل وامراة ولا يخلو به غير محرم رجل وامراة ولا يسافر بلا محرم من الرجال
وكره للرجل والمراة ختنه وتشترى من ماله امة تختنه ان ملك مالا فان الخنثى ان كان
ذكرا فنظر الامة الى عورته كنظر مملوكه الى سيده وان كانت امراة فانه نظر الجنس الى الجنس
وانه مباح حال العذر والا اى وان لم يكن له مال فمن بيت المال اى يشترى الامة
لتختنه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين ثم تباع الامة ويرد ثمنها الى بيت المال
وان مات قبل ظهور حاله لم يغسل اى رجل وامراة وييمم من التيمم وهو جعل
الغير ذا تيمم ذكرا او انثى ولا يحضر حال كونه مراهقا غسل ميت ذكرا كان الميت
او انثى وندب تسجية قبره لانه ان كان انثى فقد اقاموا واجبا وان كان ذكرا
فالتسجية لا يضره وان مات هو اى الخنثى ورجل وامراة وضع الرجل بقرب
الامام ثم وضع هو اى الخنثى ثم وضعت المراة اذا صلى عليهم فقدم على المراة
ويؤخر على الرجل ليكون جنازة المراة ابعد عن عيون الناس ثم الخنثى فان تركه
اى الخنثى ابوه وترك ابنا معروفا فله سهم من الارث وللابن المعروف سهمان
وهذا عند ابى حنيفة فان عنده له اى للخنثى اقل نصيبين اى ينظر الى نصيبه
ان كان ذكرا والى نصيبه ان كان انثى فاى منهما يكون اقل فله ذلك ففى هذه
الصورة يكون ميراثه على تقدير الانوثة اقل فله ذلك وان تركت المراة زوجا وجدة واخا
لاب وام وهو انثى فعلى تقدير الانوثة له ثلثة من سبعة وعلى تقدير الذكورة له اثنان
من ستة وهذا اقل فله ذلك وهو قول عامة الصحابة وعليه الفتوى وعند الشعبى
رحمهما الله تعالى وهو قول ابن عباس رض له اى للخنثى نصف نصيبين اى يجمع بين
نصيبه اذا كان ذكرا وبين نصيبه ان كان انثى فله نصف ذلك المجموع وهو
فى هذه الصورة ثلثة من سبعة عند ابى يوسف وفى تخريج القسمة بين الخنثى والابن

المعروف لان الخنثى ان كان ذكرا فله سهم كالابن المعروف وان كان انثى كان نصف سهم فيعطى نصف النصيبين وذلك ثلثة ارباع السهم لان نصف نصيب الذكر نصف سهم ونصف نصيب الانثى ربع سهم فصار للخنثى ثلثة ارباع السهم وبعد البسط وهو جعل كل كسر سهما صحيحا يصير للابن المعروف اربعة وللخنثى ثلاثة بان يجعل كل ربع سهما لان المخرج اربعة فيصير المجموع سبعة ونصف النصيبين خمسة من اثنى عشر سهما عند محمد وفى تخريجه القسمة لان الخنثى لو كان ذكرا كان له نصف المال ولو كان انثى كان له ثلث المال فيكون له نصف النصف ونصف الثلث فيحتاج الى عدد له نصف ولنصفه نصف وله ثلث ولثلثه نصف واقله اثنى عشر فى حال له نصف نصف ثلثه وفى حال له نصف ثلث وهو اثنان فيكون خمسة والباقى وهو سبعة للابن المعروف

مسائل شتى

كتابة الاخرس وايماؤه بما يعرف به نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه وقوده كالبيان فالكتابة على ثلثة اوجه مستبين مرسوم اى معنون نحو من فلان الى فلان كما يكون على كاغذ وهى تجرى مجرى النطق فى الحاضر والغائب ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار او على اوراق الشجر او على الكاغذ لكن لا على رسم الكتابة لان لا يكون معنونا فهو بمنزلة الكتابة لا بد له من البينة والقرينة كالاشهاد مثلا وغير مستبين وغير مرسوم كالكتابة على الهواء او على الماء فلا اعتبار بها ولا يثبت بها حكم واما الايماء فهو حجة من الاخرس فى حق هذه الاحكام المذكورة لضرورة لانها من حقوق العباد والغالب فى القصاص حق العبد ولكن لا يحد ولا يفرق بين القصاص والحد وهو ان الحد لا يقام الا ببيان لا شبهة فيه الا ترى ان الشهادة بالوطى الحرام والاقرار به لا يوجب الحد ما لم يصرح بالزنى والقصاص يقام بالشهادة والاقرار بمطلق القتل وان لم يوجد التصريح بالعمد